

Revue de DROIT

UNIVERSITÉ DE SHERBROOKE

Volume 26 – Numéro 2

Année : 1995-1996

ISSN : 0317-9656

Éditeur : Université de Sherbrooke. Faculté de droit.

URI : <http://hdl.handle.net/11143/12878>

DOI : <https://doi.org/10.17118/11143/12878>

Page vide laissée intentionnellement.

LA BONNE FOI À LA FIN DU VINGTIÈME SIÈCLE.....	223
Par Menerez CORDEIRO	
LA BONNE FOI EN DROIT COMMERCIAL INTERNATIONAL UNIFORME À LA LUMIÈRE DU PRADIGME CULTUREL DU DÉVELOPPEMENT.....	247
Par Louis MARQUIS	
LE RÔLE DE LA BONNE FOI DANS L'ÉLABORATION DE LA THÉORIE DU CONTRAT	299
Par Élise M. CHARPENTIER	
LA BONNE FOI : NOTION PROTÉIFORME	321
Par Brigitte LEFEBVRE	
LA CONVENTION COLLECTIVE ET L'OBLIGATION DE NÉGOCIER DE BONNE FOI : LES LEÇONS DU DROIT DU TRAVAIL.....	355
Par Jean-Pierre VILLAGGI	
LA BONNE FOI DANS LE CODE CIVIL DU QUÉBEC : DU GÉNÉRAL AU PARTICULIER ...	377
Par Louise ROLLAND	
LE CONTRÔLE DES CLAUSES ABUSIVES DANS LE CONTRAT D'ADHÉSION ET LA NOTION DE BONNE FOI.....	401
Par Nathalie CROTEAU	
PREUVE ET PRÉSUMPTION DE BONNE FOI	429
Par Vincent KARIM	
LA DEMEURE, LE DEVOIR DE BONNE FOI ET LA SANCTION EXTRAJUDICIAIRE DES DROITS DU CRÉANCIER.....	455
Par Nathalie VÉZINA	
Chronique : Droit constitutionnel	
LA PREUVE DES FAITS SOCIAUX ET LES BRANDEIS BRIEFS : QUELQUES RÉSERVES.....	497
Par Danielle PINARD	
Notes bibliographiques	
« LA MODIFICATION CONSTITUTIONNELLE AU CANADA »	515
Par René PEPIN	
« L'ADMISSIBILITÉ DE LA PREUVE OBTENUE EN VIOLATION DES DROITS ET LIBERTÉS FONDAMENTAUX EN MATIÈRE CIVILE »	519
Par Pierre PATENAUDE	

Page vide laissée intentionnellement.

RDUS

Revue de DROIT
UNIVERSITÉ DE SHERBROOKE

Titre : LA BONNE FOI À LA FIN DU VINGTIÈME SIÈCLE

Auteur(s) : Menezes CORDEIRO

Revue : RDUS, 1995-1996, volume 26, numéro 2

Pages : 223-245

ISSN : 0317-9656

Éditeur : Université de Sherbrooke. Faculté de droit.

URI : <http://hdl.handle.net/11143/12866>

DOI : <https://doi.org/10.17118/11143/12866>

Page vide laissée intentionnellement.

LA BONNE FOI À LA FIN DU VINGTIÈME SIÈCLE

par Menezes CORDEIRO*

SOMMAIRE

1.	APPLICATIONS PRATIQUES ACTUELLES DE LA BONNE FOI OBJECTIVE	225
2.	LES LECTURES CLASSIQUES	229
3.	L'IMPÉRATIF DE LA CONFIANCE ET LA MATÉRIALITÉ SOUS-JACENTE; LES SYSTÈMES DE LA BONNE FOI ET DE LA FAUTE	233
4.	TENDANCES RÉCENTES : LA RÉDUCTION DU RÔLE DE LA BONNE FOI	234
5.	LA MÉTHODE : UNE AIDE PRATIQUE?	236
6.	BILAN : LE RÔLE ACTUEL DE LA BONNE FOI; PROBLÈMES ET PENSÉE SYSTÉMATIQUE	239
7.	LE FUTUR	243

*, Professeur à l'Université de Lisbonne.

1. APPLICATIONS PRATIQUES ACTUELLES DE LA BONNE FOI OBJECTIVE

La bonne foi, en tant que règle de conduite -ou bonne foi objective, dans les langues latines¹ - connaît un succès généralisé dans les codes civils actuels. Les exemples plus classiques sont, aujourd'hui encore, ceux de l'article 1134 al. 3 du Code civil français de 1804 et de l'article 242 du Code civil allemand de 1896.² Les études qui s'occupent du droit européen des contrats - du reste tout à fait théorique - insistent sur la nécessité de respecter les exigences de la bonne foi.³

La bonne foi est un concept indéterminé, empreint d'une grande abstraction. On ne peut en juger sans connaître son application réelle dans les divers droits. Nous commencerons par un examen des décisions des tribunaux. Pour des raisons pratiques, nous allons limiter la recherche aux deux expériences

-
1. En allemand, l'adjectivation n'est pas nécessaire : la bonne foi objective est dite **Treu und Glauben**, alors que la bonne foi subjective présente, par exemple, dans le domaine de la prescription est dite **guter Glaube**.
 2. Selon l'article 1134 du Code civil français, «les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites. Elles ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel, ou pour les causes que la loi autorise. Elles doivent être exécutées de bonne foi». À son tour, l'article 242 du Code civil allemand ou **Bürgerliches Gesetzbuch** [ci-après : BGB], impose que le débiteur doive exécuter la prestation en considération des usages du trafic. Les codifications tardives contiennent en règle générale des références diverses à la bonne foi objective, en accord avec ses concrétisations. C'est le cas du Code civil italien de 1942 dont l'article 1337 a trait à la bonne foi précontractuelle et l'article 1375 à la bonne foi dans l'exécution des obligations, ou du Code civil portugais de 1966 qui distingue la bonne foi précontractuelle, (article 227) l'abus de droit par opposition à la bonne foi, l'imprévision par exigence de la bonne foi (article 437) et la bonne foi dans l'exécution des obligations (article 762º/2). Finalement, les codifications plus récentes : le Code civil hollandais, dans son Livre 6, article 2, a préféré la formule «honnêteté et équité» (**redelijkheid en billijkheid**); le Code civil du Québec de 1994 pose l'exigence de la bonne foi dans l'exercice des droits (articles 6 et 7), dans la constitution, l'exécution et l'extinction des obligations (article 1375) et le contexte des clauses abusives. Ce dernier est le système le plus parfait à notre connaissance.
 3. O. Lando et H. Beale, *Principles of European Contract Law*, I, (1995), art. 1.104-1.107 (*The need to promote good faith and fair dealing*); comparé à R. Zimmermann, *Konturen eines Europäischen Vertragsrechts*, JZ 1995, 477 à la p. 490. On doit remarquer que ces «Principles» ont un style semblable aux «Restatements» des États-Unis d'Amérique.

les plus marquantes du Continent : l'allemande et la française.⁴ Nous considérerons les décisions publiées lors des deux dernières années.

En Allemagne, la bonne foi trouve son premier champ d'application pratique dans l'imprévision civile, plus particulièrement dans des questions provoquées par la réunification. L'imprévision, appuyée sur la bonne foi, pourrait porter sur des crédits issus d'anciens organismes de l'ex-République démocratique allemande [ci-après ex-RDA]⁵ ou sur des pensions,⁶ mais non sur des rapports de travail, dont l'objet serait devenu impossible.⁷ L'imprévision civile s'est révélée efficace dans des questions concomitantes de l'introduction du Deutsche Mark, dans l'économie est-allemande.⁸ Les contrats antérieurs à la réunification et examinés à la lumière du droit de l'ex-RDA sont jugés valides en ce qui concerne par application de l'imprévision.⁹ Les problèmes de la réunification ont donné encore lieu à d'autres applications : ainsi, la prétention de l'État fédéral allemand de recevoir une provision forcée, pour un représentant obligatoire, dans des opérations d'importation, régies par d'anciennes lois de l'ex-RDA, a été jugée inadmissible contrevenant aux exigences de la bonne foi.¹⁰ Le fiduciaire à l'origine de la création d'un rapport fiduciaire destiné à détourner les anciennes lois restrictives sur le commerce des devises en ex-RDA, ne peut plus, maintenant, sans contrevenir aux exigences, en invoquer la nullité.¹¹ En simplifiant, on peut considérer que, dans le domaine de la réunification, la bonne foi n'a pas trouvé d'application aux dépens, des particuliers. Ainsi, les tribunaux ont décidé que les nullités, par défaut de forme, ne pouvaient être bloquées,¹² l'application de la responsabilité pré-contractuelle ne pouvait faire oublier les

4. L'expérience anglaise ne révèle point de recours particulier au concept de bonne foi : E. Ferraris, «*La buona fede negli orientamenti della giurisprudenza inglese*», (1995) XCIII RDComm 759.

5. BGH 11 octobre 1994, JZ 1995, 514, note U. Stein, JZ 1995, 516.

6. BGH 25 janvier 1995, BGHZ 129, 1996, 320 à la p. 329, qui mentionne la *clausula rebus sic stantibus* et l'article 242 du BGB.

7. BAG 24 août 1995, NJW 1996, 476.

8. BGH 6 avril 1995, BGHZ 129, 1996, 236 à la p. 251.

9. BGH 21 septembre 1995, DtZ 1996, 23.

10. BGH 20 septembre 1995, DtZ 1996, 48, JZ 1996, 469, note M. Martinek, JZ 1996, 470.

11. BGH 25 octobre 1995, DtZ 1996, 51.

12. BGH 12 janvier 1996, DtZ 1996, 112.

normes de l'ex-RDA.¹³ Une situation fiduciaire ne pouvait disparaître au préjudice de tiers.¹⁴

Encore en Allemagne, nous trouvons un large appel à la bonne foi dans le domaine de conditions générales des contrats.¹⁵ Les applications plus classiques ont toujours une certaine place et ce, malgré les observations que nous formulerons ci-dessous. On en parle quant à la *culpa in contrahendo*,¹⁶ quant à la bonne foi dans le domaine de la réception des déclarations de volonté,¹⁷ dans le cautionnement,¹⁸ dans les assurances,¹⁹ dans le bail de financement²⁰, dans l'interprétation des titres exécutoires,²¹ dans les rapports de

13. BGH 10 janvier 1996, DtZ 1996, 113.

14. BGH 26 janvier 1996, DtZ 1996, 138.

15. Voir O. Düsseldorf 1^{er} juin 1995, NJW 1996, 400, où fut jugé nul le contrat d'arbitrage, conclu par adhésion, et selon lequel le tribunal arbitral devait décider aussi de l'efficacité du contrat d'arbitrage quant à son dispositif (particulièrement concernant les clauses relatives au choix des arbitres ne permettent pas d'espérer un procès juste); voir BGH 9 novembre 1995, NJW 1996, 253, où on a refusé de reconnaître le caractère abusif d'un contrat d'assurance, étant donné sa clarté; voir BGH 6 décembre 1995, NJW 1996, 519, où on a refusé de reconnaître le caractère abusif d'un délai dans un contrat d'assurance; voir BGH 25 janvier 1996, NJW 1996, 1346, relatif à des clauses fiduciaires; voir BGH 7 mai 1996, 2032, sur des comptes postaux.

16. Voir BGH 29 mars 1996, NJW 1996, 1884, soulignant que, dans un contrat formel, la responsabilité précontractuelle ne pourrait surgir qu'en présence d'une grave violation des exigences de l'honnêteté.

17. Voir BGH 17 avril 1996, NJW 1996, 1967.

18. BGH 5 janvier 1995, BGHZ 128, 1996, 230 à la p. 236, où on a décidé que l'exigence d'un cautionnement à qui, n'ayant pas de moyens économiques suffisants, n'était pas en condition de bien comprendre les conséquences de son option; BGH 25 avril 1996, NJW 1996, 2088, où l'imprévision civile a été appliquée à un cautionnement entre conjoints, quand un divorce est survenu, et BGH 13 juin 1996, NJW 1996, 2369, avec un contrôle par l'article 242 BGB d'un cautionnement. La Cour Constitutionnelle elle-même s'est prononcée sur le contrôle judiciaire des cautionnements excessifs sans intervenir : BVerG 2 mai 1996, NJW 1996, 2021.

19. BGH 3 avril 1996, NJW 1996, 2100; après la fin du rapport contractuel, l'assureur n'est pas, *ex bon fide*, tenu de livrer des informations ultérieures et BGH 14 mai 1996, NJW 1996, 2092 : les garanties, devenues superflues, doivent être restituées.

20. Voir BGH 12 juin 1996, NJW 1996, 2367, dans le domaine de la dénonciation.

21. OLG Frankfurt 10 août 1995, NJW 1996, 1219.

famille,²² sportifs²³ et de travail.²⁴ La bonne foi est utilisée pour moraliser le fonctionnement des sociétés²⁵ et pour délimiter les sphères de risque.²⁶ Dans les nullités pour vice de forme, elle est appliquée de façon très restrictive.²⁷

En France, l'article 1134 al. 3, du Code civil français jouissait, par tradition, d'une application limitée. Néanmoins, on observe une évocation plus fréquente de la bonne foi objective.²⁸

On trouve des applications importantes de la bonne foi dans le contexte de la révocation unilatérale des contrats²⁹ et dans un cas où on s'est livré à un

-
22. Voir BGH 12 avril 1995, BGHZ 129, 1996, 259 aux pp. 266-267 : l'imprévision peut être appliquée relativement à l'obligation alimentaire; voir également BGH 3 avril 1966, NJW 1996, 1894.
 23. Voir BGH 28 novembre 1994, BGHZ 128, 1996, 93 à la p. 103 : les règles des associations sportives ne sont pas des conditions générales; toutefois, elles passent par le jugement de l'article 242 BGB.
 24. Voir BAG 18 janvier 1995, NJW 1996, 805, sur l'extension du devoir de l'assureur de supporter des salaires, pendant une maladie.
 25. Voir BGH 15 février 1996, NJW 1996, 1341 : le cautionnement, délivré par une société pour garantir un prêt du gérant lui-même à un débiteur dont il connaissait la piètre situation financière est contraire aux bonnes moeurs.
 26. Voir OLG Nürnberg 27 juin 1995, NJW 1996, 1479, quant aux conséquences d'une invalidité survenue par une erreur mutuelle sur les aspects fiscaux d'un contrat.
 27. BGH 20 mars 1996, DtZ 1996, 207 et BGH 2 mai 1996, NJW 1996, 1960.
 28. A. Cimino, *La clausula generale di buona fede nell'esperienza francese*, (1995) XCIII RDCComm, 785 à la p. 793 et G. Goubeaux, P. Bihl et X. Henry, *Code Civil / Enrichi d'annotations tirées de bases de données juridiques* (1995-96), art. 1134/C aux nos 112-121 (733), où sont citées plusieurs décisions de première instance. L'analyse des 31 numéros déjà parus du *Recueil Dalloz Sirey* en 1996 ne permet pas cependant de localiser des applications de l'article 1134 al. 3, du Code Napoléon ou de la bonne foi objective.
 29. Cass. civ. 1^{re}, 31 janvier 1995, Bull.civ.1995.I.41 au n° 57 et commentaire J. Mestre, «*Obligations en général*» (1995) 94 Rev. trim. dr. civ. 618 aux pp. 623-624 : un couple achète une habitation, avec un prêt bancaire, de 200.000 F., à payer en 15 ans. En octobre 1983, le mari, au chômage, a obtenu un moratoire jusqu'au 1^{er} février 1984, pour payer les prestations de novembre, décembre et janvier. Le 2 janvier 1984 la banque déclare au moyen d'une lettre qu'elle se trouve dans l'obligation d'exiger la restitution anticipée et intégrale du crédit; cependant, elle ne concrétise pas cette mesure; les emprunteurs payent l'essentiel de leur dette. Toutefois, le 2 juillet 1990, la banque interpelle le couple, pour le paiement de 91 434 F correspondant à des intérêts et à des pénalités, étant donné la demeure. La Cour de Cassation a décidé que l'exercice dans ces conditions de la clause résolutoire était contraire aux exigences de la bonne foi.

stratagème pour éviter le droit de préférence d'un éditeur.³⁰ À l'exception de ces cas, la bonne foi n'est point utilisée dans les décisions des tribunaux.

En dépit du peu de place que le droit français réserve à l'application de la bonne foi, il faut dire que nous trouvons des décisions où l'on a recours à des concepts qui s'y apparentent. C'est ce qui se passe avec les clauses abusives, sanctionnées aux termes de la loi,³¹ quand elles donnent lieu à des déséquilibres graves,³² avec la responsabilité précontractuelle³³ ou avec la responsabilité par l'apparence,³⁴ dérivées de la faute.

2. LES LECTURES CLASSIQUES

Le rôle joué en pratique par la bonne foi permet de tirer quelques conclusions. Cependant, avant de passer à cette étape et de procéder à l'analyse des développements théoriques les plus récents, il paraît utile de rappeler l'état du droit lors des années quatre-vingts.³⁵

-
30. Il s'agit d'une décision déjà ancienne (Paris 22 janvier 1992) mais publiée, seulement, en 1995 (J. Mestre, *ibid.* à la p. 624). Un contrat d'édition donnait à l'éditeur un droit de préférence dans l'édition de nouveaux ouvrages. Ce droit disparaissait s'il y avait deux refus de l'éditeur. L'auteur fit alors parvenir à l'éditeur deux manuscrits bizarres (un roman polyphonique et un roman dodécaphonique), objectivement impubliables et préparés manifestement en très peu de temps, pour neutraliser la préférence. La Cour a jugé ce comportement inefficace car contrevenant aux exigences de la bonne foi.
 31. Il s'agit de l'article 131 al. 1 du Code de la Consommation, approuvé par la Loi n° 93-949 du 26 juillet 1993, dans la rédaction donnée par la Loi n° 95-96 du 1^{er} février 1995.
 32. Cass. civ. 1^{re}, 31 janvier 1995, Bull. civ. 1995.I.45 au n° 64, commentaire J. Mestre, *supra* note 29 à la p. 620 : une clause abusive ne cesse point de l'être, sous prétexte d'être fréquente et Cass. civ., 30 janvier 1996, D.1996. IR.59.
 33. Versailles, 21 septembre 1995, *Société Poleval c. Société Laboratoire Sandoz*, 12^e ch. 2^e sect., commentaire J. Mestre, «*Obligations en général*» (1996) 95 Rev. trim. dr. civ. 143 à la p. 145, où on est arrivé à une indemnité de 4 000 000 F, pour interruption injustifiée de négociations.
 34. Cass. com., 28 juin 1994, Bull. civ. 1994.IV.190 n° 243, commentaire J. Mestre, «*Obligations en général*» (1995) 94 Rev. trim. dr. civ. 93 à la p. 103 : une société avait comme objectif d'assurer la continuation d'une autre, en reprenant son activité et en achetant la totalité de ses actions à un prix symbolique; par des actions répétées, elle laissa penser à ceux qui avaient donné du crédit à l'entreprise en difficulté qu'elles seraient entièrement remboursée; il naît ainsi une confiance légitime de la part des créanciers qui, par le biais de la responsabilité civile, ont dès lors effectivement droit au remboursement.
 35. Sur toute cette matière, voir le 1^{er} volume de notre ouvrage *De la bonne foi en Droit civil* (1985, en langue portugaise).

La bonne foi, dans l'ancien droit romain, était déjà une création des juristes. Bien qu'étant à la base d'éléments religieux et sociaux antérieurs, la bonne foi a permis au préteur d'élargir la protection juridique à des situations tout à fait nouvelles, issues de l'expansion romaine dans la Méditerranée. Les jugements invoquant la bonne foi sont à l'origine, par exemple, des contrats d'achat, de louage, de mandat et de société, tels qu'on les connaît aujourd'hui.

Après avoir joué ce rôle créateur, la bonne foi, comme élément pacificateur et appréciatif, a été utilisée pour qualifier de nouvelles institutions et ce, par une diffusion horizontale. Telle est la situation de la personne qui, ignorant porter préjudice aux droits d'autrui, mérite une certaine protection de l'ordre juridique. Naquit ainsi la bonne foi subjective : le possesseur de bonne foi reçoit une certaine protection en fonction de son état d'esprit.

Dans la période de Justinien, la bonne foi a été encore une fois à l'origine de nouvelles créations juridiques. Elle s'est alors amalgamée avec des principes divers, comme le *bonum et aequo* et l'*aequitas*, constitués d'éléments empruntés à la rhétorique grecque. La notion se dilue, la bonne foi devient un principe général incapable, par son abstraction, de donner par lui-même des solutions concrètes. Parallèlement à ce principe survit un usage technique et précis de la bonne foi, dans les domaines possessoires et similaires : il s'agit de la bonne foi subjective - voir l'article 2919 du Code civil du Québec.

Le droit du Moyen Âge a apporté à la bonne foi deux importants renforts, l'un canonique, l'autre germanique. Le droit canonique donne alors à la bonne foi subjective un contenu éthique : est de bonne foi la personne qui a agi sans péché. Le droit germanique, quant à lui, réintroduit des éléments objectifs : la bonne foi est liée à la protection de l'apparence et au respect de la parole donnée.

Tous ces éléments ont pesé dans la pensée des jusnaturalistes, qui ont préparé les grands codes du Continent. Ils ont préservé une bonne foi subjective, à saveur éthique et psychologique, propre à la personne qui, sans faute, ignore porter préjudice à autrui : c'est la bonne foi subjective, typique de la possession et de la prescription et qui s'étend à d'autres concepts. Mais ils ont aussi donné une place à la bonne foi dans les contrats, visant ainsi à renforcer son pouvoir juridique.

La tradition jusrationaliste a laissé des traces claires dans le Code civil français. À côté de la bonne foi subjective, confinée à certains domaines, nous trouvons une évocation très brève de la bonne foi objective à l'article 1134 al. 3, en renfort du rapport contractuel. Toutefois au XIX^e siècle, l'idée du respect des contrats était tout à fait assurée; il n'était pas nécessaire de la doubler, par la bonne foi. Le notion est appliquée modérément, on en oublie même l'origine.

En Allemagne, l'évolution fut différente. Son unification tardive retarde la préparation du Code civil, qui ne voit la lumière qu'à la toute fin du XIX^e siècle. Pendant tout le XIX^e siècle, les tribunaux et les juristes allemands doivent vivre sur la base du *Corpus Iuris Civilis*. En face de problèmes tout à fait nouveaux, surtout du domaine commercial, les tribunaux développent une technique pour résoudre les problèmes, raisonnablement, faisant appel à la vieille *bona fides*. Ainsi apparaît une tradition particulière, qui se loge à l'article 242 du BGB naturellement.

Dès le début, l'article 242 BGB facilite le succès de quatre notions importantes : la *culpa in contrahendo*, les devoirs accessoires, l'abus de droit et l'imprévision.

La *culpa in contrahendo* postule qu'avant la conclusion d'un contrat et durant les négociations préliminaires, les parties doivent observer des devoirs de sûreté, d'information et de loyauté. Au début, il s'agissait d'éviter que des gens soient lésés. Plus tard, la notion évolue dans le sens de la protection de la partie défavorisée : la plus forte doit, par la loyauté et l'information, éviter que la faiblesse de son partenaire puisse se traduire par des déséquilibres contractuels.

Les devoirs accessoires nous rappellent que, dans les contrats, il s'agit effectivement de réaliser les avantages reconnus au créancier. Ainsi, le débiteur, au nom de la bonne foi, est obligé aux comportements instrumentaux nécessaires à l'intégralité de la prestation principale. Ici aussi, il est possible de déterminer des devoirs de protection, d'information et de loyauté.

L'abus de droit - ou, plus largement, l'exercice inadmissible d'avantages juridiques - celui qui occupe la position la plus favorable à s'en prévaloir dans le cadre du système. Ainsi, il ne peut pas agir contre les attentes qu'il a contribué à créer - *venire contra factum proprium*; il ne pourrait pas non plus

se prévaloir des violations que, lui-même, aurait perpétrées - *tu quoque* - ou agir, sans avantages propres, rien que pour porter préjudice aux tiers - exercice en déséquilibre.

Finalement, l'imprévision établit que quoique les contrats librement conclus doivent être exécutés jusqu'à la limite de l'impossibilité, leur exécution ne peut être exigée quand les circonstances qui ont accompagné leur conclusion se sont profondément modifiées. La base juridique - tout comme à propos des trois autres notions - en est la bonne foi et l'article 242 du BGB.

La législation actuelle de protection du consommateur, particulièrement dans le domaine des conditions générales des contrats, a recours à la bonne foi comme critère ultime pour la détermination des clauses abusives.

L'évolution française a été, dans ces domaines, assez différente. Quelques unes des notions fondées en Allemagne sur la bonne foi n'ont jamais été admises en France. C'est le cas de l'imprévision civile. D'autres concepts ont été élaborés, mais par le biais de la responsabilité civile. C'est le cas de la *culpa in contrahendo*, dérivée de la faute précontractuelle et de l'abus de droit, développée - du reste, de façon limitée - aussi sur la base de la faute.

Ce n'est que récemment et - probablement - grâce à une certaine influence doctrinale externe, que nous observons des applications de la bonne foi prévues à l'article 1134 al. 3 du Code civil français. Ainsi apparaissent les devoirs de loyauté ou les interdictions de détourner le sens véritable et ultime des contrats.

La protection des consommateurs n'a pas, pour sa part fait appel à la bonne foi.

3. L'IMPÉRATIF DE LA CONFIANCE ET LA MATÉRIALITÉ SOUS-JACENTE; LES SYSTÈMES DE LA BONNE FOI ET DE LA FAUTE

On peut trouver, sous-jacents aux concepts qui se réclament de la bonne foi, deux grands principes : l'impératif de la confiance et la primauté de la matérialité sous-jacente.

L'impératif de la confiance accorde une certaine protection à la personne qui, en vertu du comportement d'une autre, est induite à croire à la conservation d'un certain état des choses. En principe, on exige que la croyance soit légitime, qu'en celle-ci le confiant ait dépensé des énergies matérielles ou personnelles et que le tout soit imputable à celui qui, après, va être obligé de respecter la situation créée.

La primauté de la matérialité sous-jacente rappelle que le droit ne se limite point à des actions rituelles : il tend, en vérité, à la poursuite de certaines valeurs, qui sont sous-jacentes aux normes juridiques. Sont donc contraires à la bonne foi les comportements qui ne font que respecter l'extériorité formelle du droit, en méprisant ses valeurs les plus profondes.

Au fond, nous pouvons étendre l'impératif de la confiance à l'exigence de l'égalité : on ne peut traiter celui qui s'est retrouvé dans une situation de confiance et qui, sur elle, a édifié toute une partie de sa vie juridique et personnelle, comme si de rien n'était. L'égal doit être traité d'une façon égale et le différent de façon différente, selon la mesure de la différence.

La primauté de la matérialité fait appel à l'idée de droit, en tant qu'ordre humain effectif.

Force nous est donc de conclure que, par la bonne foi, on peut introduire en chaque décision juridique la possibilité et la nécessité de donner corps aux données profondes du système.

Cependant, il faut remarquer que dans les ordres juridiques du Continent il y a deux systèmes différents : ceux qui font appel à la bonne foi de façon explicite et ceux qui atteignent des résultats semblables grâce à un type particulier de responsabilité, tiré de la notion de «faute».

Le système de bonne foi par excellence est celui de l'Allemagne. Des raisons historiques et culturelles déjà remarquées démontrent que, dès le début, les tribunaux et la doctrine avaient procédé à la concrétisation de la notion.

Le système français a trouvé des solutions semblables grâce à une conception particulièrement flexible de la responsabilité civile.³⁶ Celle-ci tient à un pré-requis primordial : l'existence d'une **faute**. La référence à la faute devient intuitive, de telle façon qu'elle dispense (**de**) l'indication concrète des normes juridiques violées. Devant le juge français, il est possible de se pourvoir à l'encontre d'une situation qui n'est point prévue par le droit strict, en invoquant la **faute** de quelqu'un.

Les divers droits de l'Europe ont évolué à partir de leurs propres traditions et, encore, sous des influences culturelles et juridiques. Au XIX^e siècle, l'influence du Code civil français fut marquante. Plus tard le système allemand gagna du terrain. Nous en avons des exemples dans les codes suisse, italien et portugais.

4. TENDANCES RÉCENTES : LA RÉDUCTION DU RÔLE DE LA BONNE FOI

Les tendances doctrinales plus récentes, selon notre opinion, conduisent à la réduction de la place qui était reconnue à la bonne foi.³⁷ Elle ne fonctionne plus comme source de notions tout à fait nouvelles : on lui attribue plutôt des fonctions de concrétisation, de complémentarité, de limitation et de correction.³⁸

Cette évolution existe tout simplement parce que les concepts dérivés de la bonne foi ont gagné leur propre autonomie. Ils ont des règles spécifiques stables et n'ont point besoin d'en appeler à la bonne foi d'origine, sauf quant à leur histoire.

Ainsi en est-il de la *culpa in contrahendo* (ou responsabilité précontractuelle). Concept juridique achevé, attestant du succès de la bonne foi, la *culpa in contrahendo* se concrétise aujourd'hui en des devoirs clairs de

36. Quant à la genèse du paradigme français de la responsabilité civile, fondé sur la faute par opposition au droit allemand, issu d'une dichotomie entre culpabilité et d'illéceité, voir notre ouvrage *De la responsabilité civile des administrateurs des sociétés commerciales* (1996, en langue portugaise), § 18°.

37. Un aperçu des interprétations existantes, sur l'article 242 du BGB : J. Schmidt, dans le *Staudingers Kommentar zum BGB*, 13^e éd., 1995, Nr. 113 aux Nr. 268 et s.

38. Ainsi l'évolution de Palandt/Henrichs, *BGB*, 39^e éd., 1980 à l'article 242 et *BGB*, 55^e éd., 1996 à l'article 242.

protection, d'information et de loyauté. Ces derniers se fondent sur des décisions judiciaires stables et mûries. Il n'est plus nécessaire de retourner aux données fondamentales du système et d'évoquer la bonne foi. Les devoirs précontractuels sont fixés : leur violation entraîne une responsabilité de type contractuel et, en certains cas, une responsabilité délictuelle.³⁹

Les divers devoirs de comportement, dérivés, jadis, dans des situations de proximité de la bonne foi, vont désormais s'appuyer sur des pondérations d'intérêts face aux valeurs typiques en présence.⁴⁰

L'impératif de la confiance a d'ailleurs généré l'établissement d'une technique propre dès les années soixante-dix et ce, grâce aux travaux de Claus-Wilhelm Canaris.⁴¹

L'imprévision est aujourd'hui fortement dépurée par l'intervention de plusieurs concepts.⁴² Malgré la reconnaissance de son rôle dans l'encadrement des questions nouvelles posées par la réunification allemande,⁴³ l'imprévision, comme notion, est cantonnée dans des secteurs spéciaux.⁴⁴ Des problèmes qu'elle contribuait jadis à résoudre sont aujourd'hui résolus par le recours au régime de l'erreur, aux règles générales ou spécifiques du risque ou aux principes de l'interprétation des contrats.

39. N. Horn, *Culpa in contrahendo*, JuS 1995, 377.

40. J. Hennrichs, *Treupflichten im Aktienrecht / zugleich Überlegungen zur Konkretisierung der Generalklausel des § 242 BGB sowie zur Eigenhaftung des Stimmrechtsvertreters*, AcP 195, 1995, 221 aux pp. 271 et 272. La doctrine souligne de toute façon la nécessité de ne pas survaloriser les devoirs de loyauté sociétaires : L. Häsemeyer, *Obstruktion gegen Sanierung und gesellschaftsrechtliche Treupflichten*, ZHR 160, 1996, 109 à la p. 132.

41. En particulier : C.-W. Canaris, *Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht* (1971).

42. À propos de la *clausula*, Abas préconise la limitation de la bonne foi : P. Abas, *Rebus sic stantibus* (1993), XIII. Quant à la dépuración de l'imprévision, voir M. Cordeiro, *Conventions de travail et imprévision* (1995, en langue portugaise), aux pp. 80 et s., avec des indications.

43. S. Görk, *Deutsche Einheit und Wegfall der Geschäftsgrundlage* (1995).

44. I. Koller, *Die Bedeutung des Haftungsmassstabs für die Zurechnung des Leistungerschwerungsrisikos*, NJW 1996, 300 à la p. 301.

Finalement, le domaine de la protection des consommateurs dispose d'ores et déjà d'une dogmatique propre,⁴⁵ du reste accompagnée d'une interférence communautaire européenne croissante;⁴⁶ la bonne foi ne subsiste que comme porte de secours pour des questions limitées et inattendues.

Dans l'exposé fondamental de Jürgen Schmidt, les normes nouvelles, d'abord légitimées par la bonne foi, sont étudiées selon leur position dans le système général du BGB.⁴⁷

Nous pouvons ainsi avancer une première conclusion. La bonne foi a engendré plusieurs notions et concepts juridiques nouveaux : probablement les créations juridiques les plus stimulantes et avancées des deux derniers siècles. Ce rôle créateur terminé, ces notions et concepts nouveaux se regroupent dans le système selon les réalités auxquelles ils ont trait. Ils reçoivent un traitement de plus en plus proche du droit strict. La bonne foi se confine dès lors tout juste dans un espace restreint, où l'intervention normalisatrice de la science du droit n'a pas été encore possible.

Il s'agit d'une conclusion qui, probablement et selon nous, ira mettre un terme à la fin du siècle, à l'empire du «paragraphe royal» du BGB allemand. Cette échéance serait d'autant plus surprenante qu'elle coïnciderait avec l'ouverture du droit français à la bonne foi. En sera-t-il ainsi?

5. LA MÉTHODE : UNE AIDE PRATIQUE?

Le rapprochement de plusieurs notions - quoique dans une dimension de plus en plus historique - et de la bonne foi pose des problèmes de méthode. Ce n'est qu'en considérant un problème spécifique que nous pouvons le préciser en

45. M. Wolf et C. Ungeheuer, *Zum Recht der allgemeinen Geschäftsbedingungen*, JZ 1995, 77 et 176, J. Schmidt-Salzer, *Recht der AGB und der missbräuchlicher Klauseln : Grundfragen*, JZ 1995, 223 et D. Medicus, *Schutzbedürfnisse (insbesondere der Verbraucherschutz) und das Privatrecht*, JuS 1996, 761.

46. W. Nassal, *Die Anwendung der EU-Richtlinie über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen / Zugleich ein Beitrag zur Auslegung gemeinschaftsrechtlicher Generalklauseln*, JZ 1995, 689, H. Hennrichs, *Das Gesetz zur Änderung der AGB-Gesetzes*, NJW 1996, 2190 et K. Tonner, *Die Rolle des Verbraucherrechts bei der Entwicklung eines europäischen Zivilrecht*, JZ 1996, 533 à la p. 533 et *passim*.

47. J. Schmidt, *supra* note 37 au Nr. 322-323 (335) et 324 et s. (335 et s.)

recourant à des valeurs et des arguments destinés à l'élaboration des modèles de décisions nécessaires. Les divers concepts qui trouvent leur origine récente dans la bonne foi présentent, aujourd'hui encore, une indétermination d'origine. En face de propositions indéterminées, on demande à la science du droit un effort redoublé de précision et de clarté.

Qu'est ce que la méthodologie juridique nous donne à ce niveau? Pourrait-on redonner un rôle de dirigeant unitaire à la vieille *bona fides*?

La pondération des courants méthodologiques les plus récents, avec un relief particulier pour la jurisprudence analytique, la jurisprudence problématique et les synthèses herméneutiques, ne permet point de découvrir des influences pratiques. On en arrive, ainsi à un irréalisme méthodologique facile à décrire : après la vieille jurisprudence des intérêts, la pensée méthodologique n'a pu déterminer d'autres modèles capables d'intervenir dans le cas concret.⁴⁸

Au cours des toutes dernières années, nous croyons découvrir quelques signes qui permettraient de pallier à l'irréalisme méthodologique et ceci, sans tomber dans un positivisme de recours. Ces signes pointent sur une pensée systématique ouverte, mouvante, hétérogène et cybernétique. Avant de vérifier ces possibilités, nous allons étudier deux propositions qui, récemment, sont apparues dans le domaine de la concrétisation de la bonne foi : le contenu éthique de la bonne foi et le rôle de l'économique dans la concrétisation juridique.

La référence à un contenu éthique de la bonne foi émerge surtout dans la littérature juridique française renouvelée, de la *bona fides*.⁴⁹ La distinction entre morale et droit est classique : nous n'allons pas la reprendre. Où que l'on

48. Vide notre ouvrage *Science du Droit et Méthodologie Juridique à la Fin du XX Siècle* (1989, en langue portugaise), 15 et s. L'irréalisme est confirmé par l'observation. Ainsi H. Rüssmann, en recension de Larenz et Canaris, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 3^e éd., 1995, NJW 1996, 1264, révèle que dans une recherche par logiciel sur 90 000 décisions de tribunaux allemands en texte intégral seulement 285 mentionnaient le terme **Methodenlehre** (méthodologie), dont 265 à propos du livre *Methodenlehre*, de Larenz. Il nous semble évident que tout ouvrage méthodologique sera irréal - dans le domaine du droit, comme science du cas - s'il n'est pas lu et utilisé par les tribunaux dans le domaine des décisions.

49. A. Cimino, *supra* note 28 à la p. 789, qui cite Ghestin.

soit, quant à la discussion philosophique, nous savons aujourd'hui que la morale et le droit sont transmis aux personnes de l'extérieur, tout au long de leur développement : c'est la socialisation, au sens sociologique. Cet apprentissage se fait de façon indifférencié. Si les données diverses sont prises isolément, rien ne sépare les règles juridiques des règles morales. Nous ne pouvons pas faire appel aux sanctions -et, en particulier, à la coercition - pour isoler le droit : les normes imparfaites prolifèrent, tandis que se multiplient les normes dont la sanction est douteuse ou d'application difficile. Justement, dans ces situations de défaut de sanction, il faut très clairement affirmer la nature juridique des commandements.

Le droit se sépare de la morale par son positivisme. Il s'organise comme un corps de règles posées - *posita* -de façon organisée et assorties d'instances d'apprentissage et d'application. Nous pouvons en déduire deux conclusions de la plus grande importance :

- ◆ le droit est toujours beaucoup plus développé que la morale; celle-ci s'épuise dans de grands principes ou règles immédiates, inapplicables dans des situations plus complexes; ainsi, quand il n'y a pas de solution juridique, il est inutile de s'adresser à la morale, plus pauvre - en ce sens - que le droit;
- ◆ le droit - c'est à dire le droit véritable -coïncide avec la morale dans ses jugements : la solution immorale est, à coup sûr, injuste et probablement illicite.

La faiblesse de la morale est sa plus grande force : elle ne dépend pas d'instances d'application, mais de la conscience de la personne (morale individuelle) ou du sentiment social (morale sociale). On peut tromper l'instance d'application juridique; mais pas l'«instance» morale.

Retournons, avec ces éléments, à la bonne foi. Il s'agit d'une notion juridique : elle surgit pour se concrétiser selon des lignes juridiques et, tout particulièrement, par décision des tribunaux. En l'absence de vecteurs juridiques, pour la concrétiser, il ne paraît guère réaliste de se tourner vers la morale. Et si, par hasard, nous trouvons des arguments éthiques, il n'est point pensable que l'on ne puisse pas procéder à leur «positivisation», en les élevant

à des postulats de droit. Il pourra donc y avoir une «bonne foi éthique»; mais la morale ne permet pas la concrétisation de la bonne foi juridique.

Le rôle de l'économie dans le droit est souligné dans divers domaines. La responsabilité civile est particulièrement en cause, surtout dans la mesure où l'on vérifie son «instrumentalisation» au service des valeurs extra civiles⁵⁰ : l'économie, la défense de l'environnement, la sécurité ou la protection des personnes. La bonne foi elle-même pourrait être facilement visée : dans un droit au service d'objectifs concrets -notamment économiques dans un monde comme le nôtre - l'économique pourrait dicter le sens des règles à observer.

Cette piste -désolante d'ailleurs pour le droit - n'est guère opérationnelle. L'économique est riche en abstractions, travaillant sur des hypothèses. Il nous donne de grands topiques. Mais il aide très peu dans les cas concrets.⁵¹ Nous restons seuls encore une fois.

Dans le droit comme dans d'autres domaines, il faut être prudent. Tout indique cependant l'insuffisance des méthodologies, incapables de résoudre les problèmes ou de les prendre comme base de réflexion. À la question : «qu'est-ce que la méthodologie peut faire pour le droit pratique et, tout particulièrement, pour la bonne foi?», on pourra répondre : que peut faire le droit pratique - et donc la bonne foi - pour la méthodologie?

6. BILAN : LE RÔLE ACTUEL DE LA BONNE FOI; PROBLÈMES ET PENSÉE SYSTÉMATIQUE

Le rôle de la bonne foi s'analyse en de multiples propositions; il peut subir des traitements par des sensibilités diverses.⁵² Pour les fins de cet étude, nous nous limiterons aux considérations qui suivent.

La bonne foi a légitimé l'interprétation créative du droit, qui a soutenu des notions telles que la *culpa in contrahendo*, les devoirs accessoires, l'abus

50. C. Engel, *Zivilrechte als Fortsetzung des Wirtschaftsrechts mit anderen Mitteln*, JZ 1995, 213 à la p. 215.

51. J. Taupitz, *Ökonomische Analyse und Haftungsrecht - Eine Zwischenbilanz*, AcP 196, 1996, 114 aux pp. 165 et 166.

52. Il s'agit d'une matière très bien traitée en dernier lieu par J. Schmidt, *supra* note 37 aux pp. 306 et s. et *passim*.

de droit ou l'imprévision. La bonne foi a donc permis la concrétisation de ces notions, nécessairement créées au terme d'une grande indétermination. La bonne foi a facilité des corrections ponctuelles à des concepts de droit strict. Dans les pays où le législateur lui-même a introduit de façon directe les grandes créations de la bonne foi - l'Italie, le Portugal, le Québec -celle-ci se limiterait, naturellement, aux rôles de concrétisation et de connexion.

La pondération de la casuistique la plus récente sur la bonne foi nous montre qu'elle maintient intacte une capacité d'intervention en face de problèmes nouveaux, privés en un premier temps, de solutions strictes⁵³ : En effet, le cycle relatif à la réunification allemande nous montre comment, sans sursauts, elle a su légitimer des solutions équilibrées, et reconnues par le système, comme étant les siennes.

La bonne foi s'affirme aussi par un élargissement de solutions préexistantes : pensons, par exemple, aux rapports de famille ou aux règles des associations sportives, syndiquées ou corrigées par le système par le biais de la bonne foi.

Finalement, la bonne foi prête son langage et son pouvoir de consensus aux équilibres, encore instables, sollicités au nom de la défense des consommateurs.

C'est indubitable, le noyau laissé à la bonne foi pure est aujourd'hui considérablement réduit. Cependant, aucun système n'osera se proclamer tellement autosuffisant qu'il puisse immédiatement se priver de la possibilité de réduire des questions nouvelles sans intervention du législateur .

La bonne foi est à l'origine de notions et de concepts qui sont aujourd'hui autonomes. L'origine de ces derniers leur donne toutefois un sens particulier. Dans le système, ils vont aussi être placés en fonction de ce qu'ils ont représenté et représentent : une concrétisation particulière, en face de questions pré-systématiques, de données basiques du système lui-même. Par exemple : les devoirs précontractuels perdurent pendant les contrats, comme devoirs

53. À ce propos, voir U. Burgard, *Das Wirksamwerden empfangsbedürftiger Willenserklärungen im Zeitalter moderner Telekommunikation*, AcP 195, 1995, 74 à la p. 134 : l'appel à la bonne foi pour fixer l'efficacité des communications transmises par les moyens actuels.

accessoires et peut-être même après leur extinction, dans des phénomènes d'efficacité post-contractuelle. Il peut y avoir un traitement commun, sur la base des références à la bonne foi. Un autre exemple : l'imprévision est limitée par l'interprétation élargie des contrats qui implique donc une interprétation «selon la bonne foi», par l'impératif de la confiance et par l'exercice inadmissible de certaines positions juridiques; là aussi s'impose une gestion globale de tous ces aspects.

En somme, les conceptions juridiques dérivées de la bonne foi retournent à leur racine - i.e. la bonne foi - pour se perfectionner dans leur fonctionnement pratique. La science du droit, sur la base d'un traitement systématique, corrige des asymétries, recherche des solutions, complète des encadrements et présente des décisions plus différenciées et mieux justifiées. La bonne foi conserve donc un excellent pouvoir juridique, même en face de questions déjà connues.

Le droit est fortement conditionné par le langage. Or, dans les contacts entre les peuples et surtout dans les mouvements d'intégration, le problème des références communes se pose : il faut trouver des lieux communs, où tous peuvent se reconnaître. La bonne foi est utile dans ce domaine : son rôle dans les instances communautaires européennes est reconnu.⁵⁴

Dans toutes ses applications, la bonne foi - tout comme la généralité de ses concrétisations - n'énonce pas de propositions abstraites : elle résout des problèmes, avec ses solutions. Quelques considérations supplémentaires s'imposent.

L'idée de problème - ou cas d'application, cas exemplaire, cas typique, problème exemplaire typique⁵⁵ - suscite une pré-compréhension très importante du sujet qui nous intéresse. Il faut toutefois aller plus loin en isolant autant que possible ses contours, son contenu et sa fonction.

54. Zimmermann, *supra* note 3 à la p. 490 et R. Knütel, *Ius commune und römisches Recht vor Gerichten der Europäischen Union*, JuS 1996, 768 aux pp. 773 et 774.

55. C.-W. Canaris, *Théorie et cas d'application dans la Science du Droit*, version française de la leçon donnée à l'Université de Lisbonne, à propos de son doctorat *honoris causa* (1990, inédit), en partie repris dans l'article *Funktion, Struktur und Falsifikation juristischer Theorien*, JZ 1993, 377 aux pp. 384 et s.

Le problème ou cas typique n'est pas un cas concret. Souvent, il peut tenir compte, dans sa formulation, de circonstances historiquement vérifiées. Cependant, alors que celles-ci sont illimitées dans la complexité de leurs prémisses - prémisses sociales, personnelles, historiques, géographiques, climatiques, économiques, politiques et juridiques par exemple -, le problème ou cas typique repose sur des propositions limitées et maniables. On supprime du cas concret tout ce qui dans la conjoncture en cause se présente comme non nécessaire, pour ne conserver que l'essentiel. Ou, dans l'hypothèse d'un problème artificiel (i.e. académiquement conçu), on opère dès le début avec un nombre limité et pré-sélectionné de prémisses problématiques.

Le problème ou cas typique n'est point une hypothèse abstraite. En le confrontant au cas concret, le problème est sans doute capable d'englober plusieurs cas concrets grâce à la simplification qu'il opère. Dans ce sens, ce serait une abstraction. Mais les prémisses dans lesquelles le problème repose ne sont point des formulations abstraites : elles correspondent à des données effectivement descriptives de la réalité, délivrées de compléments inutiles, et qui ne sont pas indispensables à la solution recherchée.

Le problème ou cas typique ne se confond pas avec le modèle de décision : contrairement à celui-ci, le problème contient sa propre solution. Tous les deux indissociables, ils communiquent un certain sens de réalisation du droit.

Il n'y a pas de règles quant au nombre minimal de propositions pour faire un problème. L'interprète-applicateur a ainsi les mains libres pour composer des problèmes plus ou moins denses, selon les objectifs qu'il se propose. Les limites minimales seront posées, dans la pratique, par les nécessités de cohérence et de viabilité, relatives aux solutions à trouver. La critique des solutions et leur justification assureront la solidité du tout.

Utilisé dès les débuts pour comprendre, expliquer et justifier le droit, le problème typique gagne du terrain. Il suffit de voir qu'il a une résolution plus étroite avec un maximum d'informations : celles-ci pourraient être transmises seulement avec des propositions abstraites.

Le problème est encore une fois très utile dans certains domaines interdisciplinaires et face aux questions nouvelles. On devine, sous ces considérations, l'importance de la discussion des cas.

La bonne foi gagne son ampleur dans une pensée systématique renouvelée. Le système doit être ouvert : à l'extérieur, parce qu'il admet des questions qui lui étaient étrangères et que la bonne foi a d'ailleurs permis de découvrir, solutionner et ensuite intégrer dans le système; à l'intérieur parce qu'il accueille des éléments étrangers, expliqués aussi par la bonne foi : pensons à l'abus de droit. Le système est malléable : les éléments qui le composent ne se trouvent pas dans des hiérarchies rigides, tout en étant compensables. Le système est hétérogène : il est évident - la bonne foi le démontre - qu'il y a des zones de densité variable, y compris des failles dans le système et des lacunes rebelles à l'analogie. Le système, enfin, est cybernétique : il est attentif aux conséquences de ces solutions et il les modifie en fonction des impressions périphériques qu'il reçoit.

La pensée juridique doit donc reposer sur l'étude et la méditation des cas, des règles et des solutions - ou elle ne sera plus juridique du tout.

7. LE FUTUR

Aucun juriste n'irait prendre le risque de prophétiser par écrit le futur de sa propre science.⁵⁶ Toutefois, en considérant le présent immédiat on pourrait peut-être avancer quelque chose : l'expérience nous enseigne que malgré toutes les nouveautés le droit civil présente une stabilité très marquée, qui n'est comparable qu'au langage et ce, même dans les domaines sensibles comme celui de la bonne foi.

En ce moment, le BGB allemand célèbre son premier centenaire,⁵⁷ alors que le Code civil français s'approche rapidement du second. L'éventualité d'une réforme, voire d'une substitution intégrale, semble révolue. Les tentatives de réforme, particulièrement du BGB, qui se sont prolongées dans toute la décade de quatre-vingts ont eu le mérite de démontrer que, tout compte fait, la science du droit fonctionne à tout moment sans devoir modifier ses sources.⁵⁸

56. D. Joost, *Eine vergangene Zukunft der Rechtswissenschaft*, JZ 1995, 11 à la p. 11.

57. M. Schmoeckel, *100 Jahre BGB : Erbe und Aufgabe*, NJW 1996, 1697 et R. Stürner, *Der hundertste Geburtstag des BGB - nationale Kodifikation im Greisenalter?*, JZ 1996, 741. Quant aux origines : H. Schulte-Nölke, *Die schwere Geburt des Bürgerlichen Gesetzbuchs*, NJW 1996, 1705.

58. B.-R. Kern, *Neuere Entwicklungen im Bürgerlichen Recht*, JuS 1996, 1 à la p. 2.

Nous pouvons aussi conclure que le droit civil a tenu ferme face à l'impact de la seconde moitié du XX^e siècle : celui du commerce de masse.⁵⁹ Des mesures efficaces pour la défense du consommateur et du contractant en position de faiblesse - toujours la bonne foi! - ont été prises; il est certain que, des divers modèles développés dans ce domaine, les solutions «privées» se sont révélées les plus efficaces. Il ne paraît pas trop risqué de prévoir le maintien et le renfort de cette tendance.

Il y a clairement en ce moment une lacune en ce qui touche la défense des personnes. Il faudrait, dans ce domaine, un équivalent moral - c'est-à-dire non patrimonial - de ce que la bonne foi représente dans le champ patrimonial. C'est un rôle qui pourrait être joué par les droits fondamentaux dès qu'ils seront «civilisés» et donc définitivement soulagés de la turbulence qu'aujourd'hui encore représentent les affirmations politiques.

L'intégration européenne se prête à des équivoques. Nous ne voyons aucune utilité ni aucun mérite dans l'établissement de codes privés européens : il n'y a pas de nécessité économique qui puisse l'exiger; il n'y a pas de critère de choix des solutions; il n'y a pas non plus de science unitaire qui tienne ce pari et nous aurions une inconcevable perte culturelle. Tout au plus, nous pourrions mettre à l'oeuvre une *lex mercatoria*⁶⁰ en des points limités. L'unité européenne devra fonctionner avant tout comme une garantie supplémentaire de liberté et ce, même - et surtout - dans le droit de chaque État.⁶¹ Tout le Monde est d'accord quant au sens basique de la bonne foi. Cependant, la comparaison des expériences allemande et française nous montre bien le désastre que serait l'oubli de l'une d'elles en faveur de l'autre. L'Histoire moderne nous montre comment des peuples minoritaires, parfois dans des situations difficiles, intégrés dans des communautés riches, puissantes et de haut niveau culturel, ont su, malgré l'intégration politique, sociale et économique pleine, préserver et renforcer leur droit : la Louisiane et le Québec. Le premier de ces deux cas nous montre même que, soutenu par la culture de ses juristes, le droit est plus résistant que la langue elle-même.

59. O. Sandrock, *Das Privatrecht am Ausgang des 20. Jahrhunderts : Deutschland - Europa - und die Welt*, JZ 1996, 1 à la p. 1

60. *Ibid.* aux pp. 7 et 8.

61. P. Von Wilmowsky, *EG - Freiheiten und Vertragsrecht*, JZ 1996, 590.

Les droits nationaux vont subsister. Sur eux surgit toutefois le spectre de l'abâtardissement. On ne pourra lutter contre lui qu'en lui opposant la qualité des juristes.

Dans les sociétés, on en veut aux juristes.⁶² Ils représentent un obstacle à la concrétisation immédiate des volontés individuelles et collectives, tout en passant inaperçus quand ce n'est pas le cas. Toutefois, à mesure que les sociétés deviennent plus interdépendantes et que l'ambition du présent cache les risques de l'avenir, les juristes doivent leur rôle accru, dans la préservation de la culture et des biens les plus personnels. Il faut le dire.⁶³ Une activité plus visible et plus efficace, avec du protagonisme s'impose. L'interdisciplinarité et l'internationalisation agissent, paradoxalement, comme des conditions de sauvegarde des particularismes.

La bonne foi surgit encore une fois dans d'excellentes conditions, pour reprendre son infatigable - et très efficace - rôle de perpétuation du système : elle peut le renouveler dès que nécessaire. Son futur est assuré. D'ailleurs il est déjà là.

62. J. Brau, *Über die Unbeliebtheit der Juristen*, JuS 1996, 287.

63. E. Schmidt-Assmann, *Zur Situation der rechtswissenschaftlichen Forschung*, JZ 1995, 2.

RDUS

Revue de DROIT

UNIVERSITÉ DE SHERBROOKE

Titre : LA BONNE FOI EN DROIT COMMERCIAL INTERNATIONAL
UNIFORME À LA LUMIÈRE DU PARADIGME CULTUREL DU
DÉVELOPPEMENT

Auteur(s) : Louis MARQUIS

Revue : RDUS, 1995-1996, volume 26, numéro 2

Pages : 247-299

ISSN : 0317-9656

Éditeur : Université de Sherbrooke. Faculté de droit.

URI : <http://hdl.handle.net/11143/12868>

DOI : <https://doi.org/10.17118/11143/12868>

Page vide laissée intentionnellement.

**LA BONNE FOI EN
DROIT COMMERCIAL INTERNATIONAL UNIFORME
À LA LUMIÈRE DU PARADIGME CULTUREL
DU DÉVELOPPEMENT**

par Louis MARQUIS*

SOMMAIRE

INTRODUCTION	249
I- MOTIVATIONS ET MÉTHODOLOGIE	250
a) Motivations	250
b) Orientations méthodologiques	257
II- LA PENSÉE DU DROIT UNIFORME	260
a) le contexte de découverte	260
i) une pensée métaphysique : l'argument de la bonne foi	261
ii) une pensée analytique : l'autonomie de la volonté	265
iii) une pensée simplificatrice : la convergence juridique	269
b) le contexte de justification	273
III- DROIT UNIFORME ET CONCEPTION CULTURELLE	280
a) Description du paradigme	280
b) Les lacunes de la pensée du droit uniforme et les bases de sa révision	285
i) une pensée dialectique	285
ii) une pensée systémique	286

*. Vice-doyen à la recherche à la Faculté de droit de l'Université de Sherbrooke.

iii)	une pensée complexe	287
iv)	une pensée finaliste	289

IV-	UNE NOUVELLE REPRÉSENTATION DU DROIT	
	UNIFORME	290
a)	le contexte de découverte	290
i)	la pensée dialectique : l'argument du relationnalisme	290
ii)	la pensée systémique : l'argument du bien commun	292
iii)	la pensée complexe : l'argument du «monde» .	294
b)	le contexte de justification	295
	CONCLUSION	297

INTRODUCTION

À l'instar d'autres domaines, le droit commercial international uniforme¹ est actuellement le lieu d'une recherche des idées qui pourraient expliquer et justifier l'existence de la bonne foi. Cette poursuite du sens de la bonne foi s'avère légitime en raison de l'importance, du moins en apparence, accordée au principe.

Les idées mises de l'avant dans la recherche du sens de la bonne foi prennent à peu près l'allure des exemples suivants, qui concernent l'article 7 de la *Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises*.² Pour un, V. Heuzé comprend la bonne foi «comme une invitation à introduire une certaine souplesse dans l'application des règles conventionnelles, un peu à la manière de ce qu'autorise, en droit français, la théorie de l'abus de droit».³ B. Audit voit dans la bonne foi un principe particulièrement pertinent dans les cas de déséquilibre contractuel.⁴ B. Bonnell favorise une interprétation dite large de la bonne foi, élaborée «in the light of the special conditions and requirements of international trade».⁵ De leur côté, F. Enderlain et D. Maskow réservent un rôle restreint à la bonne foi. Selon ces derniers, «*observance of the principle of good faith means to display such conduct as is normal among businessmen*».⁶ Ils ajoutent que «no exaggerated demands can be made, and observance of good faith does in no way necessarily include the establishment of material justice between the contracting parties».⁷ Enfin, G. Flécheux affirme, dans une étude sur les obligations à la charge de l'acheteur,

-
1. Ci-après appelé «droit uniforme».
 2. 11 avril 1980, Doc. NU A/CONF.97/18, Annexe I (1980). Ci-après appelée, Convention de Vienne ou C.v.i.m.
 3. V. Heuzé, *La vente internationale de marchandises. Droit uniforme*, Paris, GLN Joly, 1992 à la p. 79.
 4. B. Audit, *La vente internationale de marchandises. Convention des Nations-Unies du 11 avril 1980*, Paris, L.G.D.J., 1990 à la p. 49.
 5. M.J. Bonnell, «Interpretation of Convention» dans *Commentary on the International Sales Law. The 1980 Vienna Sales Convention*, Milan, Giuffrè, 1987 à la p. 87.
 6. F. Enderlein et D. Maskow, *International Sales Law*, New York, Oceana, 1992 à la p. 56.
 7. *Ibid.*

qu'«il restera toujours l'obligation de bonne foi»,⁸ laissant de la sorte sous-entendre qu'il ne s'agit pas là d'un principe marginal.

Le but de ce texte est de contribuer à cette poursuite du sens de la bonne foi. J'entends cependant réaliser cette contribution d'une façon et dans une perspective différentes de celles des auteurs mentionnés précédemment. Quant à la façon, mon objectif consiste à mettre en lumière les principes de *pensée* qui sous-tendent le droit uniforme. Cette mise en lumière part de la conviction que le sens de la bonne foi ne saurait vraiment se construire sans la prise en compte de considérations qui appartiennent à ce qui pourrait être appelé la «conscience» ou «l'esprit» du droit uniforme. Quant à la perspective, je désire la mettre à l'enseignement de l'étonnement et du questionnement. En l'occurrence, étonnement et questionnement à l'égard du droit uniforme seront inspirés du paradigme culturel du développement. C'est ainsi que, dans une première partie, j'expliquerai les motivations et les orientations méthodologiques à la base de ma contribution (I). Par la suite, je procéderai à une reconstitution de la pensée du droit uniforme (II), et en exposerai les lacunes (III). Cela me permettra, finalement (IV), de proposer une nouvelle représentation du droit uniforme et de mesurer la place qu'elle réserve à la bonne foi pour l'avenir.

I- MOTIVATIONS ET MÉTHODOLOGIE

a) Motivations

D'entrée de jeu, je soumets que le moment est venu d'intégrer la bonne foi et le droit uniforme dans une réflexion plus globale et fondamentale. Cette réflexion, qui consisterait à définir une conception du bien destinée à répondre aux aspirations des temps actuel et futur, s'impose pour des raisons d'ordre général et d'autres plus spécifiques à la commercialité.

De façon générale, la nécessité d'une définition du bien provient des questions nouvelles suscitées par des problématiques au sujet desquelles les sciences humaines apparaissent quelque peu démunies. Ces questions nouvelles

8. G. Flécheux, «Les obligations de l'acheteur» dans *La Convention de Vienne sur la vente internationale et les Incoterms*, Paris, L.G.D.J., 1989 à la p. 141.

concernent à la fois les rapports de l'être humain envers lui-même et ses semblables, ainsi que les rapports entre l'être humain et la nature.⁹

La première problématique provient de la prise de conscience que l'action humaine dispose désormais d'un champ de possibilités quasi illimité. Cette liberté résulte de l'effet cumulatif des progrès scientifiques et technologiques et de l'accroissement de la richesse matérielle. Elle permet à l'être humain de créer, avec une intensité et une rapidité inégalées, du savoir. Mais celui-ci est-il maîtrisé, bon, ou correct? La question appelle des réponses pour le moins controversées. Dans un contexte où même les frontières du possible sont en voie de dépassement ou de pouvoir l'être, la controverse n'est pas quelque chose d'anormale. Indépendamment de l'issue, il y est cependant acquis que l'action humaine ne peut ménager ses efforts afin d'identifier les repères qui lui permettront de s'orienter et d'établir des priorités.

La seconde problématique provient, notamment, des conséquences incontrôlées de certaines facettes de l'action humaine telle qu'elle se réalise actuellement. Une évidence, inédite dans le temps et l'espace, s'impose : le savoir et le pouvoir acquis par l'être humain afin de satisfaire ses besoins et d'assurer son bonheur sont progressivement devenus des menaces potentielles à sa survie ou, à tout le moins, à son sain épanouissement. D'une part, l'accroissement de la connaissance semble aller de pair avec celui du désir de posséder des choses, autant matérielles qu'immatérielles. En fait, connaissance et sphère des désirs s'activent réciproquement. Il en résulte une interaction dont le résultat va bien au-delà du simple comblement des besoins vitaux. D'autre part, ce savoir se dresse en face à face avec la nature, une confrontation rendue possible par la scission cartésienne entre la faculté pensante de l'être humain et le restant de son univers. Cela permet à l'humain, d'abord, de s'exclure du système naturel et, ensuite, de s'en approprier le contenu. Si la conjonction des éléments précédents a pu constituer une forme de progrès dans le passé, les abus qu'elle a engendrés ne laissent d'autre choix que de la réorienter vers des avenues de *développement plus durable*.

9. Pour un propos fort éclairant sur le sujet, voir J.A. Wojciechowski, «La modernité et le progrès du savoir», communication présenté au Colloque intitulé *Ruptures de la modernité. Les imaginaires du temps présent*, Département de sociologie, Université Paul Valéry, Montpellier, 15-17 décembre 1994. Une synthèse apparaît à L'agora, octobre 1995, 19.

En somme, le monde d'aujourd'hui appelle à une réinvention d'humanisme et d'harmonie avec la nature. Il s'agit bel et bien d'une réinvention car, comme le déclare H. Jonas, «nulle éthique antérieure n'avait à prendre en considération la condition globale de la vie humaine et (...) l'existence de l'espèce elle-même».¹⁰ Une recherche du bien qu'il faut donc assumer par l'entremise d'une réflexion à la mesure des enjeux actuels. Or, si l'on se fie à l'atmosphère idéologique dominante ou officielle au crépuscule de ce siècle, d'aucuns diraient que cette mesure est économique. Qu'en est-il vraiment ?

La conception économique qui prévaut à l'heure actuelle pourrait être qualifiée de vision de l'opulence. Suivant cette conception, le développement consiste essentiellement en un processus de croissance économique. Sur le plan de l'analyse, cela se traduit par la prise en compte de facteurs et d'indicateurs tels la montée de la production, l'essor de la productivité et l'augmentation du revenu par habitant. Une analyse qui est, par ailleurs, orientée par trois tendances. D'abord, une tendance qui adhère à une vision linéaire et mécanique de l'évolution. Une vision linéaire, de telle sorte que les sociétés franchiraient un parcours d'étapes identiques vers l'atteinte de la croissance économique souhaitée.¹¹ Et mécanique, ce qui procure aux étapes une nature quantitative permettant de les mesurer, de les calculer et de les prévoir. Ensuite, une tendance qui associe une dimension unidirectionnelle aux moyens assurant la croissance économique. L'unique direction consisterait, pour chaque société, à privilégier les moyens préconisés par les sociétés plus développées. Enfin, une tendance qui réserve aux valeurs un rôle utilitaire. Le questionnement au sujet des valeurs prendra cette forme : favorisent-elles ou freinent-elles l'économie ? Elles constitueront donc prioritairement des instruments à utiliser ou à éviter, et non des éléments intrinsèquement estimés et valorisés.

Par un concours de circonstances, la vision de l'opulence a réussi à ériger le commerce et l'argent en fins. Commerce et argent ne sont plus seulement des techniques de répartition de biens et de services, ils sont devenus le

10. H. Jonas, *Le principe responsabilité*, trad. par J. Greisch, Paris, Éditions du Cerf, 1991.

11. Pour un exemple de cette vision, voir W.W. Rostow, *The stages of economic growth : a non-communist manifesto*, 3^e éd., Cambridge, Cambridge U. P., 1990.

coeur des destinées individuelle et collective.¹² Ainsi, les grandes questions du jour se laissent-elles gagnées par des critères de quantité et d'efficacité : il devient normal d'aborder l'État, l'égalité, la liberté et la justice sous le couvert de la richesse des nations et de leur compétitivité. Est-ce là une voie prometteuse et fiable ? Divers indices laissent à penser que l'économie de l'opulence ne porte pas en elle-même les fondements de la conception du bien recherchée. Les raisons d'ordre général mentionnées précédemment pour justifier une réinvention du bien pourraient être invoquées à cet égard. En effet, il n'y a pas lieu de croire que le commerce et l'argent sont étrangers aux deux problématiques qui frappent notre époque et que j'ai résumées plus haut. Cependant, d'autres motifs plus spécifiques à la commercialité s'avèrent également pertinents.

Le premier motif concerne la dimension théorique de l'économie. Au-delà de ses priorités et de ses buts, la théorie économique s'était targuée de certitude quant à la réalisation de ses énoncés. Même si, avec le temps, elle s'est parfois fait plus modeste à ce sujet, il reste que le décalage fréquent entre la réalité et l'abstraction économique (prédictions, explications) a suscité la méfiance. L'écart entre les faits tels qu'ils évoluent et les lois censées s'y appliquer a aussi déçu, particulièrement lorsque sont mis en relief certains problèmes qui affligent même les sociétés développées. Le second motif fait le pont avec l'expansion mondiale de l'économie de marché libérale. L'invitation sous-jacente à cette expansion de confier à une «main invisible», celle du marché, le rôle de gardienne de la liberté de commerce et de promotrice de l'opulence, laisse songeur. Dans ce contexte assez simpliste, il est difficile de déterminer quand et comment les choses évolueront. Il semble inévitablement y avoir beaucoup plus de place pour le scepticisme et le relativisme que pour un effort honnête et sérieux de définition du bien. En effet, à partir du moment où l'analyse méconnaît les données autres que quantitatives, toute argumentation sur le bien apparaît malaisée. C'est que la quantité ne possède pas de limites intrinsèques; elle ouvre plutôt la croissance à l'infini, une ouverture dans laquelle le désir du «plus encore» place les valeurs dans une position toujours précaire. Le troisième motif se manifeste par une sensation d'amertume

12. G. Berthout, *Vers une anthropologie générale : modernité et altérité*, Genève, Draz, 1992 à la p. 243. L'auteur utilise l'image ironique du «doux commerce» pour caractériser cette domination du commerce et de l'argent.

ressentie envers la commercialité. Ce ressentiment est éprouvé sur un double plan. Premièrement, les principaux intéressés par l'action humaine que sont l'individu, sa société et sa civilisation, sont marginalisés par rapport aux transformations qui les concernent. L'importance de ces intéressés s'apprécie avant tout sur la base des fonctions et des rôles qu'ils peuvent assumer. Autrement dit, le comment l'emporte sur le pourquoi. L'être humain est amené à réfléchir pour trouver les façons de s'adapter à un environnement dont il est, à la limite, l'objet plutôt que le sujet. Deuxièmement, un courant déterminant de la doctrine commercialiste est en voie de façonner et de conforter un type d'univers dit globalisé, lequel est reflété par les propos suivants du juriste K. Yelapaala :

*«In (the) new world economy, resources and markets have ceased to have the indelible national identity of the past. (...) To the more visionary global enterprises, the world is but a borderless environment with homogeneous consumers...»*¹³

Ces prémisses ne correspondent en rien au principe émis par N. Frye suivant lequel «a society enriches itself by what it includes; it defines itself by what it excludes».¹⁴ Est implicite dans ce principe l'idée que la différence et la diversité, correctement comprises et imaginées, constituent des sources de vitalité et d'épanouissement socialement indispensables. À côté des prémisses posées par Frye, le «McWorld»¹⁵ homogénéisé et homogénéisant tracé par Yelapaala apparaît plutôt insipide.

Pour toutes ces raisons, il importe donc de pousser la réflexion sur le bien vers un cadre de référence autre que celui de la conception de l'opulence. Plusieurs avenues émergent présentement. Les rapports de l'être humain envers lui-même et ses semblables, les rapports entre l'être humain et la nature, la réintégration de la philosophie et de la morale dans la théorie économique,

13. K. Yelapaala, «Strategy and Planning in Global Product Distribution - Beyond the Distribution Contract» (1993) 25 Law & Pol'y Int'l Bus. à la p. 23. Pour un portrait saisissant de la globalisation commerciale, voir R.J. Barnet et J. Cavanagh, *Global Dreams. Imperial Corporations and the New World Order*, New York, Touchstone, 1994.

14. N. Frye, *The Critical Path : An Essay on the Social Context of Literary Criticism*, Bloomington, Indiana U.P., 1973 à la p. 71.

15. L'expression est de Benjamin Barber, *Jihad vs. McWorld*, New York, Times Books, 1995.

l'approfondissement de la théorie libérale internationale et le développement d'un nouvel universalisme fondé à la fois sur les intérêts convergents et le respect des différences constituent autant de thèmes générateurs d'une pensée destinée à rompre avec l'idée que nous sommes dans le siècle de l'argent, comme J. Verne l'avait anticipé.¹⁶

Parmi ces avenues en émergence figure le paradigme culturel du développement. Tel que je l'indiquais en introduction, c'est en fonction de cette nouvelle façon de concevoir le bien que j'entends procéder à l'analyse de la bonne foi et du droit uniforme. Pour l'instant, un premier contact avec le paradigme suffira, un contact établi par un renvoi à la définition très générale mais aussi très riche et porteuse élaborée par A. Sen et la Commission mondiale de la culture et du développement de l'Unesco. Pour eux, le développement est «un processus qui accroît la liberté effective de ceux qui en bénéficient de poursuivre toute activité à laquelle ils ont des raisons d'attacher de la valeur».¹⁷

La pertinence d'une analyse centrée sur le droit commercial international uniforme se comprend ainsi. D'une part, le commerce et l'internationalisation (ou la globalisation) représentent deux facettes caractéristiques de la mouvance actuelle qui logent, par ailleurs, au coeur du droit uniforme. Dès lors, il s'avère normal que cette branche du droit soit interpellée, au même titre que peuvent l'être l'économie politique, la théorie du développement et les autres disciplines qui s'intéressent également à ces deux facettes. D'autre part, sur le plan juridique, le droit uniforme constitue une référence incontournable en raison de l'amplitude que lui prête et de la confiance que lui accorde une doctrine florissante. Ainsi, certains voient dans la Convention de Vienne, pour s'en tenir à cet exemple, la pierre angulaire de la création d'un droit privé international.¹⁸ D'autres, sur la base de la théorie développée par T. Kuhn dans *The Structure of Scientific Revolution*,¹⁹

16. J. Verne, *Paris au XX^e siècle*, Paris, France Loisirs, 1994.

17. «Notre diversité créatrice», Rapport de la commission mondiale de la culture et du développement, UNESCO, 1995, à la p. 17. Voir aussi, Mahbub ul Haq, *Reflections on Human Development*, New York, Oxford, Oxford University Press, 1995.

18. J.A. Spanogle, «The Arrival of International Private Law» (1991) 25 Geo. Wash. J. Int'l L. & Econ. 477.

19. T.S. Kuhn, *The structure of Scientific Revolution*, vol. 2, 2^e éd., Chicago, University of Chicago Press, 1962.

l'interprètent comme le signe de la naissance d'un nouveau paradigme sous-jacent aux transactions commerciales internationales.²⁰ Enfin, A. Kassis affirme qu'elle constitue le germe d'une fusion à venir de tous les droits de la vente,²¹ alors que V. Heuzé en parle en termes d'avancement «remarquable».²²

Pour les fins de ma contribution, je m'en remettrai principalement à deux versions de droit uniforme.²³ La première est consacrée sous l'appellation de *lex mercatoria*.²⁴ Elle postule l'existence de règles transnationales faites d'usages et de principes. Ceux-ci constitueraient un véritable ordre juridique spécifique aux opérateurs du commerce international. La seconde version résulte de la codification pluri-étatique d'un seul et unique droit commercial international.²⁵ Cette codification est destinée à mettre fin au phénomène de diversité des régimes juridiques nationaux. La Convention de Vienne, qui comporte un ensemble de dispositions substantielles en matière de vente de marchandises, figure parmi ses expressions les plus achevées. C'est elle qui, en l'occurrence, incarnera en majeure partie la seconde version.

20. K.C. Randall et J.E. Norris, «A New Paradigm for International Business Transactions» (1993) 71 Wash. U. L.Q. 599.

21. A. Kassis, *Le nouveau droit européen des contrats internationaux*, Paris, L.G.D.J., 1993 à la p. 559 et s.

22. Heuzé, *supra*, note 3 à la p. 367.

23. Je laisse donc de côté, pour les fins de mon analyse, les «Principes relatifs aux contrats du commerce international» de Unidroit. Pour une introduction, voir L. O. Baptista, «The Unidroit Principles for International Commercial Law Project : Aspects of International Private Law» (1995) 69 Tul. L. Rev. 1209; aussi, A. Giardina, «Les Principes UNIDROIT sur les contrats internationaux» [1995] J.D.I. 547.

24. L'article suivant est souvent vu comme l'assise du mouvement : B. Goldman, «Frontières du droit et "lex mercatoria"» (1964) 9 Archives de philosophie du droit 177. Pour une analyse récente, voir F. de Ly, *International Business Law and Lex Mercatoria*, North Holland, Elsevier Science, 1992.

25. Ci-après appelé «droit étatique».

b) Orientations méthodologiques

La méthode à la base de ce texte consiste en deux démarches.

La première s'inspire de l'approche préconisée par M. Koskenniemi dans *From Apology to Utopia. The Structure of International Legal Argument*.²⁶ Dans cet ouvrage, Koskenniemi désire procéder à «an exposition and critical discussion of the assumptions which control modern discourse about international law».²⁷ D'après lui, ces «assumptions» dérivent d'une théorie politique libérale. Cela explique qu'il émette l'opinion «that it is neither useful nor ultimately possible to work with international law in abstraction from descriptive theories about the (...) character of social life among States and on the desirable forms of such life».²⁸ Pour réaliser cette démonstration, Koskenniemi utilise une méthode qu'il résume comme suit :

«The approach followed here is one of “regressive analysis”. I shall attempt to investigate discourse about international law by arguing back to the existence of certain conditions without which this discourse could not possess the kind of self-evidence for professional lawyers which it has. In other words, I shall argue, as it were, “backwards” from explicit arguments to their “deep-structure”, the assumptions within which the problems which modern lawyers face, either in theory or in doctrine, are constituted.»²⁹

Il importe donc, selon Koskenniemi, de débrouiller les «*explicit arguments*» afin d'accéder à la «*deep-structure (assumptions)*» car cette dernière détermine «*the conditions of what can acceptably be said within (the arguments), or what it is possible to think or believe in (them)*».³⁰ L'opération se double d'un regard critique car en atteignant les considérations de fond «which controls the production of particular arguments within discourse»,³¹ il devient

26. M. Koskenniemi, *From Apology to Utopia. The structure of International Legal Argument*, Helsinki, Lakimiesliiton Kustannus, 1989.

27. *Ibid.* à la p. xvi.

28. *Ibid.* à la p. xiii.

29. *Ibid.* à la p. xvii.

30. *Ibid.* aux pp. xxi et xxii.

31. *Ibid.* à la p. xxii.

possible de savoir plus exactement pourquoi ces arguments donnent tel ou tel résultat. De même, «it opens up a possibility for alternative descriptive - and simultaneously normative - characterizations of the world in which»³² nous vivons et voulons vivre. À défaut d'agir de la sorte, les juristes sont confinés à vivre «with the prevalent routine of interpretative intuitionism»³³ et donc, d'éprouver des difficultés «to integrate their descriptive and normative commitments into analytical studies about the content of the law».³⁴ L'ensemble de l'analyse se déroule donc sous la forme d'un triptyque débrouillage - critique - reformulation.

J'appliquerai ce triptyque adapté et synthétisé ainsi :

- le droit uniforme est perçu sous l'angle d'un discours, c'est-à-dire d'une trame comprenant divers moyens d'expression et de persuasion;
- ces moyens sont représentés par des arguments, des concepts qui forment, si on les envisageait en perspective, la surface ou le premier plan du droit uniforme. L'argument de la bonne foi, avec d'autres arguments, en font présentement partie;
- le sens de ces arguments dépend d'un arrière-plan du droit uniforme, lequel est constitué de principes de pensée - des façons d'entrevoir et de capter la réalité - et d'un contenu normatif - des valeurs - qui permettent d'apprécier cette réalité. Ce sont ces principes de pensée, contribuant au sens de l'argument de la bonne foi et aux autres, qui m'intéressent ici;
- l'arrière-plan du droit uniforme constitue un tout qui ne se dissémine pas de façon exclusive et définitive entre les divers arguments. Cela implique que le sens d'un argument donné est lié à celui présent dans les autres arguments existants et qu'il est possible d'utiliser différents arguments pour en arriver à un même résultat.³⁵ Il devrait donc être admis que le sens de

32. *Ibid.* à la p. xxiii.

33. *Ibid.* à la p. xxiv.

34. *Ibid.* à la p. xiii.

35. J.C. Smith, «Action Theory and Legal Reasoning» dans K. Cooper-Stephenson et E. Gibson, dir., *Tort Theory*, North York, Captus U. P., 1993, 104.

l'argument de la bonne foi dépend de celui présent dans les autres arguments, de même qu'il ne lui est pas pré-déterminé non plus que définitivement acquis;

- l'atteinte de l'arrière-plan est indispensable pour l'examen des qualités et des défauts du droit uniforme, une critique dont le prolongement est la soumission d'avenues nouvelles.

La seconde démarche consiste à intégrer, dans le cadre de ce triptyque, une distinction entre le *contexte de découverte* et le *contexte de justification* de la pensée du droit uniforme. D'un strict point de vue littéral, ces deux expressions furent établies, en philosophie des sciences, par H. Reichenbach pour marquer la différence entre la description de l'origine ou de la genèse d'une idée, d'une proposition ou d'un argument (contexte de découverte), et la preuve ou la démonstration de cet argument (contexte de justification). Il s'explique comme suit :

«L'acte de la découverte échappe à l'analyse logique; il n'y a pas de règles logiques qui pourraient être appliquées à la construction d'une "machine à découvrir" assumant la fonction créatrice du génie. Mais ce n'est pas la tâche du logicien d'expliquer les découvertes scientifiques; tout ce qu'il peut faire, c'est analyser la relation entre des faits donnés et une théorie qu'on lui présente et qui prétend en donner l'explication. En d'autres termes, la logique ne s'occupe pas du contexte de justification [sic]». ³⁶

Pour Reichenbach, l'analyse philosophique de la science et les théories scientifiques elles-mêmes appartiennent au contexte de justification. Quant aux facteurs qui expliquent pourquoi des scientifiques ont privilégié certaines approches au détriment d'autres et comment ils sont parvenus à créer une théorie, ils relèveraient notamment de la psychologie et de l'histoire et, donc, du contexte de découverte. La distinction correspond à une conception particulière de la science dans laquelle le type de vérité recherchée prend la forme de lois spatio-temporelles universelles, constituées par l'observation de faits présumés neutres et extérieurs à la pensée humaine. Pour ses défenseurs, elle présente

36. H. Reichenbach, *L'avènement de la philosophie scientifique*, trad. par G. Weill, Paris, Flammarion, 1955 à la p. 199. Du même auteur, *Experience and Prediction : An Analysis of the Foundations and Structure of Knowledge*, Chicago, University of Chicago Press, 1961 aux p. 6-7.

l'avantage de doter la philosophie des sciences d'une vision transcendantale, c'est-à-dire où les raisons justifiant un argument ne sauraient être qu'universellement admises.³⁷

J'entends prêter une nature différente à la distinction afin de l'adapter à l'optique discursive, prônée en l'espèce, du droit uniforme et la fonder sur la hiérarchie des considérations normatives qui caractérise le droit uniforme. Cela implique que le contexte de découverte et le contexte de justification seront tous les deux considérés comme des instances délibératives qui permettent de peser le pour et le contre entre des arguments reflétant divers intérêts et convictions économiques, culturelles, politiques et morales. Il devrait être admis qu'idéalement, la confrontation des arguments permettra d'en augmenter la précision, la cohérence et le caractère réfléchi. La différence entre les deux contextes ne réside donc pas dans la façon dont se déroule l'argumentation. La différence tient plutôt au degré d'importance des motifs ou des critères qui expliquent pourquoi une préférence a été accordée à certains arguments et non à d'autres. C'est ainsi qu'appartiendraient au contexte de justification les seuls motifs ou critères qui jouent un rôle supérieur et décisif dans l'allure et la clôture d'une délibération.

II- LA PENSÉE DU DROIT UNIFORME

a) le contexte de découverte

Le contexte de découverte qui entoure le droit uniforme repose sur le composé de trois types de pensée : métaphysique, analytique et simplificatrice. Dans chaque type de pensée s'insère un argument discursif essentiel à la cohérence du droit uniforme. Ces arguments discursifs sont respectivement la bonne foi, l'autonomie de la volonté et la convergence juridique.

37. Pour un tour d'horizon des débats actuels, voir R. Nadeau, «La philosophie des sciences après Kuhn» (1994) XXI *Philosophiques* 159.

i) une pensée métaphysique : l'argument de la bonne foi

Le type métaphysique prend d'abord appui dans la recherche d'un état de la bonne foi qui demeure vrai peu importe les constituantes de cette dernière. C'est la recherche de *l'identité* de la bonne foi. La *lex mercatoria* et le droit étatique expriment, chacun à leur façon, cette préoccupation. Dans le premier cas, la présence de la composante identitaire du type métaphysique se retrouve dans ces idées que la bonne foi constitue une source permanente et continue de droit, ou encore qu'elle possède une transcendance lui permettant de dépasser, en importance, toutes les autres catégories, tous les autres principes juridiques. Ces caractéristiques ressortent, notamment, d'une synthèse magistrale de la *lex mercatoria* réalisée par F. Osman.³⁸ Dans les premières pages de son étude, Osman dépeint la bonne foi comme un «dénominateur commun des principes généraux dégagés par la jurisprudence arbitrale»,³⁹ «une clef de voûte du système arbitral»,⁴⁰ «un principe supérieur». ⁴¹ Il reprend les affirmations de R. Vouin à l'effet qu'elle est «toujours identique à elle-même ... Son efficacité juridique peut croître ou diminuer, elle reste toujours la même, (...) parfaitement définie et constante»⁴² et de M. Horsmans qui en fait «une règle d'interprétation et le guide de toute action comme de tout jugement». ⁴³ Ce faisant, Osman livre des propos qui reprennent, implicitement, les idées de permanence, de continuité et de supériorité. Le droit étatique partage cette préoccupation identitaire par sa volonté de fixer la bonne foi.⁴⁴ Dans ce second cas, il s'agit d'établir *un* état *déterminé* de la bonne foi à partir de raisonnements fondés sur des considérations de compatibilité, d'homogénéité et de communauté. Ainsi, l'identité de la bonne foi est articulée sous le couvert d'un concept (i) qui peut s'accorder avec les systèmes économiques, sociaux, politiques et juridiques existants, (ii) qui devrait être constitué d'éléments de même ou de semblable nature et (iii) dont

38. F. Osman, *Les principes généraux de la Lex Mercatoria. Contribution à l'étude d'un ordre juridique anational*, Paris, L.G.D.J., 1992.

39. *Ibid.* à la p. 18.

40. *Ibid.*

41. *Ibid.* à la page 19.

42. *Ibid.*

43. *Ibid.*

44. À ce sujet, voir les commentaires de G. Lefebvre, «La bonne foi dans la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises» (1993) 27 R.J.T. 563 à la p. 570 et s.

la viabilité et l'efficacité juridiques dépendent de ce qu'il a de commun à l'égard de tous ceux qui lui sont assujettis. Ces raisonnements s'opposent à d'autres qui laisseraient cours à une interprétation de la bonne foi soucieuse de la différence pouvant exister quant au statut des contractants, ou qui admettraient l'idée de variabilité de la bonne foi suivant les cultures plutôt que de préférer ignorer ou nier cette réalité. Les deux stratégies, la permanence et la fixation, produisent le même effet généralisateur propre à l'identité. La bonne foi est : cela permet d'en faire un principe «universel en son essence» selon la *lex mercatoria*, ou d'en standardiser l'interprétation quant à la forme, la substance et les résultats suivant le droit étatique.

Cette dimension identitaire se trouve confortée par une autre à caractère isolationniste. En effet, *l'isolement* précise l'identité en traduisant le fait qu'une chose ne peut pas en être une autre. Autrement dit, une chose possède invariablement une existence et une autonomie propres. En l'occurrence, cela conduit à un cloisonnement de la bonne foi dans une sphère spécifique, celle du commerce. À cet égard, la *lex mercatoria* exprime une volonté très ferme de cloisonnement. Une première cloison résulte de l'argument voulant que les règles et principes de la *lex mercatoria* aient une origine institutionnelle, qu'elles soient imputables à une forme d'autorité. Cela apparaît nécessaire, pour les tenants de la *lex mercatoria*, afin que cette dernière puisse se qualifier d'ordre juridique. Dans le langage caractéristique de cette version de droit uniforme, l'expression de «communauté des opérateurs du commerce international» et d'autres de ce genre, personnifient l'institution permettant à la bonne foi de ne pas évoluer dans un vide juridique. La seconde cloison consiste à réunir les différents membres de cette communauté autour «(d)'une même fin, (d)'un idéal marchand unique : répondre aux besoins du commerce international».⁴⁵ L'unité institutionnelle des opérateurs est ainsi assurée, une unité dont l'universalisme va au-delà de la multiplicité des pratiques et des regroupements qui existent sur une base factuelle. En somme, origine et raison d'être de la bonne foi appartiennent toutes deux à la commercialité. Quant au droit étatique, l'isolement de la bonne foi est d'abord simplement formel en ce sens qu'il résulte d'un champ d'application réservé à certaines activités commerciales. Mais il s'avère aussi potentiellement plus profond. La raison tient à ceci. Le préambule de la Conven-

45. F. Osman, *supra* note 38 à la p. 409.

tion de Vienne contient trois énoncés de principe. Les deux premiers sont à forte consonance normative. On y fait référence aux «objectifs généraux inscrits dans les résolutions relatives à l'instauration d'un nouvel ordre économique international», et au fait «que le développement du commerce international sur la base de l'égalité et des avantages mutuels est un élément important dans la promotion de relations amicales entre les États». Et le troisième énoncé mentionne «que l'adoption de règles uniformes favorisera le développement du commerce international». Selon moi, ce préambule devrait être compris comme une invitation, sinon une contrainte à apprécier le droit uniforme à la lumière de sa contribution à l'amélioration de la qualité de vie en général et à l'interpréter en conséquence. Autrement dit, de faire du droit uniforme - y compris, il va de soi, la bonne foi - un ensemble ouvert sur les autres réalités qui l'entourent. Or, et cela est particulièrement frappant dans le cas de la bonne foi, le seul énoncé qui soit pleinement reçu est le troisième, relatif à l'uniformisation juridique commerciale. C'est seulement avec difficultés ou peu d'intérêt que la bonne foi est rapprochée de facettes qui n'appartiennent pas strictement au commerce, mais qui s'avèrent indubitablement pertinentes vu leur caractère fondamental. En conséquence, l'univers de la bonne foi est réduit à l'enjeu, à la limite technique, d'en façonner une version uniforme à des fins commerciales.

À la suite de l'identité et de l'isolement, l'idée de *non-contradiction* vient à son tour caractériser la bonne foi. La non-contradiction se fonde sur l'unité interne des choses et des êtres. Sur le plan de la pensée, la conviction sous-jacente à cette idée est que la nécessaire description juste et précise des choses et des êtres exige que ceux-ci soient perçus comme dépourvus de composantes contradictoires et antinomiques. En s'en tenant au droit étatique, l'idée de non-contradiction se manifeste tout d'abord dans le rôle de principe général d'interprétation confié à la bonne foi, autour duquel doivent s'articuler les autres normes de la Convention de Vienne. L'article 7(1) C.v.i.m., partie au chapitre II intitulé «Dispositions générales», prévoit, en effet, que «(p)our l'interprétation de la présente Convention, il sera tenu compte (...) de la nécessité (...) d'assurer le respect de la bonne foi dans le commerce international». À ce titre, la bonne foi constitue un agent d'unité et de convergence à l'égard des normes placées sous sa dépendance. Jusqu'à maintenant, cependant, cette première manifestation a été dépassée, en intensité, par une deuxième. Effectivement, s'avère plus révélatrice de l'idée de non-contradiction la tendance à considérer la bonne foi sous l'angle du «grand nombre de dispositions substantielles (qui en) font

directement application»⁴⁶ ou qui sont susceptibles d'en être influencées. Le droit du vendeur de remédier à une délivrance imparfaite lors d'une livraison anticipée, le principe de non-responsabilité du vendeur si l'acheteur connaissait ou ne pouvait ignorer un défaut de conformité au moment de la conclusion du contrat, la règle de la mitigation des dommages et d'autres dispositions sont ainsi associées à des applications ou des formulations spécifiques de la bonne foi. Par ailleurs, l'acceptation tardive d'une offre, la remise, par le vendeur à l'acheteur, de documents relatifs aux marchandises et la quantité de marchandises livrée représentent autant de situations qui permettent à la bonne foi de se particulariser et de se faire mieux comprendre. En décomposant la bonne foi de la sorte, on traduit une volonté d'accéder à une description juste et précise de celle-ci.

Enfin, le droit uniforme intègre l'argument de la bonne foi dans un *dualisme*. Cette vision pose la coexistence de deux ordres ou principes de nature différente. Elle consacre l'idée du *tiers exclu*, qui présente l'avantage méthodologique de faciliter les classifications. En matière de droit uniforme, le dualisme réfère à la coexistence des ordres national et international (ou la classification national - international), étant entendu que la *lex mercatoria* et le droit étatique se définissent comme appartenant à l'ordre international. C'est ainsi que, en dépit de ses emprunts matériels et de sa subordination à certains égards aux droits nationaux, la *lex mercatoria* revendique une autonomie et une indépendance sur les plans de la création et de la sanction d'un droit destiné aux différents secteurs du monde *international* des affaires. Principalement sous l'impulsion de l'arbitrage, s'élabore, d'après T. Carbonneau, «un corps de principes juridiques gouvernant le droit commercial international (...), une common law des transactions internationales»⁴⁷ qui se place à côté des droits nationaux et qui renforce la fort courante classification générale national-international. Quant à lui, le droit étatique justifie le principe de l'irréductibilité de sa nature internationale à une nature nationale de deux façons. Premièrement, il recourt à la thèse de la spécificité des transactions commerciales internationales par rapport à leur équivalent sur le plan interne. La sphère

46. B. Audit, *supra* note 4 à la page 49.

47. T. Carbonneau, «Étude historique et comparée de l'arbitrage : vers un droit matériel de l'arbitrage commercial international fondé sur la motivation des sentences» [1984] R.I.D.C. 727 à la p. 774.

internationale serait le lieu de circonstances (éloignement des parties, possibilité d'incompréhension entre elles, etc.) inexistantes ou qui se présentent autrement au niveau national, lesquelles impliqueraient l'élaboration d'un régime juridique particulier. Deuxièmement, le droit étatique fait valoir l'impératif de l'uniformisation. Il en ressort actuellement la position très largement répandue à l'effet que l'interprétation du droit uniforme à la lumière d'une correspondance de droit national ou suivant des techniques nationales risque de compromettre l'uniformité. Pour éviter de courir ce risque, le mot d'ordre est simplement que le droit uniforme soit perçu en fonction d'une mentalité internationaliste.

ii) une pensée analytique : l'autonomie de la volonté

Le type analytique repose d'abord sur une règle d'*évidence* relativement au principe de l'autonomie de la volonté. L'évidence, qui suppose la certitude comme état accessible à la pensée, consiste à douter de tout pour éviter l'erreur et parvenir, par élimination, à une vérité indubitable. Le droit uniforme emprunte à cette forme de raisonnement, un emprunt particulièrement frappant dans le cas de la Convention de Vienne. D'une part, le processus de réflexion ouvert au doute, qui constitue la première phase de l'évidence, se reconnaît dans l'ampleur de l'analyse doctrinale consacrée à l'ensemble des règles, hormis l'autonomie de la volonté, qui régissent un aspect ou un autre du contrat de vente internationale. Ces règles sont discutées et débattues longuement. Elles ne s'imposent pas totalement d'elles-mêmes, c'est-à-dire de leur seule énonciation expresse dans le texte de la Convention. Certains juristes envisagent ouvertement, d'ailleurs, leurs propos et commentaires dans l'optique d'une discussion et d'un débat, allant même, parfois, jusqu'à caractériser ces derniers. C'est le cas de J. Honnold, qui plaide en faveur d'un «continuing dialogue, spanning legal and economic backgrounds».⁴⁸ Dans ce contexte, le doute constitue bel et bien ce qu'il est convenu d'appeler un outil de connaissance. D'autre part, en amont du doute ainsi exprimé se situe un principe empreint de certitude, celui de l'autonomie de la volonté. Les composantes de la Convention de Vienne peuvent être plus ou moins admises, plus ou moins stables, il reste

48. J.O. Honnold, *Uniform Law for International Sales under the 1980 United Nations Convention*, Deventer, Kluwer, 1991 à la p. 9.

que l'autonomie de la volonté est le seul élément qui ne peut être mis en doute ou contesté relativement à la formation et à l'exécution du contrat de vente. Primauté de la volonté des parties, autonomie comme source première du contrat de vente sont autant d'expressions dont la forte présence rendent compte de cette certitude. Mais il y a encore davantage : le fait qu'en comparaison avec les autres données du régime juridique de la vente internationale, le principe de l'autonomie de la volonté soit si peu examiné, sinon simplement énoncé à l'occasion. Si l'on accepte l'affirmation du rôle premier et fondamental du principe, une conclusion paraît logiquement acceptable. L'autonomie de la volonté s'impose avec une telle vigueur qu'elle n'a besoin d'aucune preuve : c'est une évidence.

Si la façon dont l'autonomie de la volonté et les autres composantes du droit uniforme sont articulées repose sur la règle d'évidence, l'observation de la façon dont elles sont structurées atteste de la seconde dimension de la pensée analytique qu'est le *morcellement*. Cette attitude intellectuelle vise à décomposer, à diviser les concepts et les difficultés en unités plus petites. Le rapetissement ainsi obtenu permettrait une meilleure étude des concepts et une résolution facilitée des difficultés qu'ils engendrent. En apparence, la *lex mercatoria* peut sembler assez indifférente à ce type de démarche. Comme l'ont soulevé plusieurs critiques, la généralité inhérente à la *lex mercatoria* s'opposerait, même, à une définition précise de son contenu. À preuve, ces critiques soulèvent le vague, le manque d'organisation et le nombre insuffisant de ses principes. Toutefois, en considérant la *lex mercatoria* telle qu'elle est conçue et sans préjuger de sa validité juridique, elle m'apparaît véritablement engagée dans une démarche de morcellement de l'autonomie de la volonté. Il importe de réaliser, en effet, que ce «système corporatif indépendant des États»⁴⁹ n'aurait pu voir le jour et se développer sans le principe de l'autonomie de la volonté. Il y a donc là un authentique fondement. Cependant, probablement afin de générer «un corps de règles suffisamment accessibles et certaines pour permettre la conduite efficace des transactions commerciales»,⁵⁰ la *lex mercatoria* a progressivement morcelé ce fondement. En réalité, elle a tissé, à

49. P. Kahn, «La Convention de Vienne du 11 avril 1980 sur les contrats de vente internationale de marchandises» [1991] J.D.I. 951 à la p. 961.

50. M. Mustill, «The New Lex Mercatoria. The First Twenty-five Years» dans *Études Wilberforce*, Oxford, 1987 à la p. 180.

partir d'une méthode qui lui est propre, un entrelacement indéfini de règles susceptibles de fournir les normes juridiques pertinentes à tout litige. De son côté, le droit étatique fait du morcellement l'un de ses principaux attributs dans la poursuite de l'objectif de faire des transactions commerciales internationales un milieu plus stable et prévisible. Derrière un régime juridique comme celui de la Convention de Vienne se profile la prémisse que la prévisibilité et la sécurité des transactions dépendent de son degré de précision. C'est dans cette optique que la Convention de Vienne établit un régime juridique compartimenté (sa structure suit la hiérarchie partie - chapitre - section - article) et détaillé sur la base d'une intention présumée des parties. Cela permet ainsi de considérer isolément différents aspects particuliers (offre, livraison, etc.) de la vente.

S'ajoute à l'évidence et au morcellement, l'intégration de l'autonomie de la volonté dans un raisonnement de nature causale. La *causalité* sous-entend que des lois existent et qu'il faut les identifier pour parvenir à l'indispensable explication des phénomènes. Dans la sphère du droit uniforme, l'autonomie de la volonté représente cette raison fondamentale explicative du contrat. Le courant de crise qui secoue, d'après plusieurs auteurs, le droit des contrats, et qui contribue à repenser, voire à remplacer cette raison explicative de l'autonomie de la volonté, n'atteint donc pas le droit uniforme. On n'y retrouve pas ces analyses critiques pour lesquelles «contract law is one or more of the following : indeterminate, legitimating, dead, simple, unsuitable, or irrelevant».⁵¹ Des propos de J. Honnold, au sujet de la Convention de Vienne, en témoignent éloquemment. Pour lui, «[t]he dominant theme of the Convention is the role of the contract».⁵² Cette domination résulte du fait que la Convention «in two fundamental ways responds to the power of agreement».⁵³ D'abord, «[t]he Convention itself was produced by agreement», c'est-à-dire que «States from all parts of the world, through collaboration (...), reached consensus».⁵⁴ Ensuite, «[c]onsistent with these origins, the Convention does not interfere with

51. R.A. Hillman, «The Crisis in Modern Contract Theory» (1988) 67 Tex. L. Rev. 103 à la p. 103.

52. Honnold, *supra* note 48 à la p. 47.

53. *Ibid.* à la p. 48.

54. *Ibid.*

the freedom of sellers and buyers to shape the terms of their transactions».⁵⁵ À la lumière de ce qui précède, Honnold conclut :

«A highly respected legal scholar in a rhetorical flourish (later modified) announced the “Death of Contract”. At least for international sales this report (as Mark Twain said of a report that he had died) is grossly exaggerated».⁵⁶

Ce point de vue domine largement, d’aucuns diraient complètement, en droit uniforme. Par conséquent, la meilleure raison pour expliquer la naissance, la formation et la fin du contrat demeure que les parties en aient voulu ainsi.

Finalement, la liaison du droit uniforme à une pensée analytique ressort de *l’exhaustivité* quasi totale du principe de l’autonomie de la volonté. En l’occurrence, l’exhaustivité s’apprécie surtout sur le plan de la contribution du principe à la légitimité du droit uniforme. Deux éléments sont au centre de cette contribution. Le premier réfère à l’omniprésence reconnue par la doctrine et la jurisprudence à l’autonomie de la volonté. Pour un, P. Lalive affirme qu’il «s’agit d’un principe si généralement reconnu dans tous les systèmes de droit international privé qu’on peut le tenir pour une coutume internationale ou pour un principe général de droit reconnu par les nations civilisées».⁵⁷ Dans le même sens, la sentence arbitrale *Topco-Calasiatic* contient le passage suivant :

«Tous les systèmes juridiques, quels qu’ils soient, appliquent le principe de l’autonomie de la volonté aux contrats internationaux. Quant au fond, tous les systèmes juridiques consacrent ce principe, qui apparaît dès lors comme universellement admis ...»⁵⁸

Le deuxième élément se fonde sur une confiance dans une double capacité des commerçants internationaux : générer, d’eux-mêmes, des valeurs fondamentales conformes aux aspirations des individus et des nations, ou

55. *Ibid.*

56. *Ibid.*

57. P. Lalive, «Ordre public transnational (ou réellement international) et arbitrage international» [1986] *Rev. arb.* 329 aux pp. 351-352.

58. *Topco Calasiatic c. Gouvernement Libyen*, rapportée à [1977] J.D.I. à la p. 350.

simplement voir à les intégrer dans leurs pratiques. Cette conviction serait celle des commerçants, certes, mais aussi des États. D'après Lalive, ceux-ci «ont choisi, et jugé conforme à leurs intérêts, de faire du commerce international»⁵⁹ en laissant, notamment, «un large pouvoir d'auto-régulation à la communauté internationale des commerçants».⁶⁰ L'importance concédée au principe va jusqu'à justifier la prise en considération de l'ordre public «par la nature des choses (mais aussi par) la volonté même ou l'attente légitime des parties».⁶¹ Porté par son omniprésence et l'adhésion qu'il suscite, l'autonomie de la volonté constitue donc un argument exhaustif car il s'impose parmi tous les moyens possibles pour favoriser et légitimer le développement du commerce international.

iii) une pensée simplificatrice : la convergence juridique

Initialement, la convergence juridique s'inscrit dans une recherche d'*ordre*, tel qu'il appert de l'affirmation de B. Bonell à l'effet que l'unification du droit répond au besoin «almost too evident (...) to assure the most orderly and secure development possible of commercial life».⁶² L'ordre permettrait de soumettre l'activité commerciale à un ensemble de règles qui présentent «the essential characteristics of practicality, simplicity and clarity, free of legal shorthand, free of complicated legal theory, and which (are) easy for the businessperson to understand».⁶³ Essentiellement, la recherche d'ordre s'imposerait comme un antidote au phénomène qualifié de «nationalisation du droit international privé» par R. David.⁶⁴ En vertu de ce phénomène, le régime juridique applicable aux rapports commerciaux internationaux serait constitué d'instruments nationaux, c'est-à-dire élaborés par les législateurs étatiques. Avec le temps, la nationalisation se serait érigée en obstacle au commerce

59. P. Lalive, *supra* note 57 à la p. 370.

60. *Ibid.*

61. *Ibid.* à la p. 371.

62. M.J. Bonell, «Introduction to the Convention» dans *Commentary on the International Sales Law. The 1980 Vienna Sales Convention*, *supra* note 5 à la p. 3.

63. E.P. Mendes, «The U. N. Sales Convention & U. S. - Canada Transactions; Enticing the World's Largest Trading Bloc to Do Business under a Global Sales Law» (1988) 109 J.L. & Com. 109 à la p. 121.

64. R. David, *Le droit du commerce international : réflexions d'un comparatiste sur le droit international privé*, Paris, Économica, 1987 à la p. 10 et s.

international. Pour un, David insiste sur la diversité des règles de conflit de lois et des règles matérielles nationales qui mettrait en péril la sécurité juridique des transactions, alors que A. Kassis endosse le «concert des lamentations sur les infirmités»⁶⁵ de la méthode conflictuelle. Bref, il s'avèrerait manifeste et patent que «national laws are the international merchants and traders worst enemy».⁶⁶ L'établissement d'une relation intelligible entre ce qui constituerait autrement une pluralité désordonnée et maladaptée de droits nationaux emprunte deux avenues. La première, celle de la fusion, caractérise le processus d'élaboration du droit étatique. Elle consiste à réunir divers éléments propres aux différentes cultures juridiques et d'autres inédits, et de combiner le tout le plus finement possible de façon à créer un nouvel ensemble irréductible à ses composantes. La seconde avenue, qui est sous-jacente à la *lex mercatoria*, relève plutôt de la spontanéité. Ici, les commerçants sont réputés générer, de leur propre initiative, un régime juridique conforme aux exigences nées naturellement du commerce. Ils sont vus comme agissant d'eux-mêmes, sans contrainte extérieure (surtout pas étatique), à l'égard d'une activité commerciale qui fait partie de l'ordre des choses.

La fusion et la spontanéité représentent des stratégies de premier niveau pour mettre de l'ordre dans le droit commercial international et, ainsi, favoriser la convergence juridique. À un deuxième niveau, chacune se trouve appuyée par cette autre composante du type simplificateur qu'est la *linéarité*. Comme mode d'accession à la connaissance, la linéarité se caractérise par la recherche de procédés, de règles et de principes dépourvus d'ambiguïté et permettant de prédire la survenance des phénomènes. En toutes matières, l'absence d'ambiguïté et la capacité de prédiction devraient conduire à n'accepter qu'un seul point de vue pour décrire et comprendre le monde, les choses et les êtres. C'est précisément vers ces attributs et cette unicité que se tourne le droit uniforme. D'une part, l'idée suivant laquelle «the key objectives of stability, safety and foreseeability (...) are essential for international trade law»⁶⁷ fait partie intrinsèque de la conception du droit uniforme que se font la vaste

65. A. Kassis, *supra* note 21 à la p. 559.

66. E. P. Mendes, *supra* note 63 à la p. 112.

67. H.G. Naon, «The UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods» dans N. Horn et C. M. Schmitthoff, dir., *The Transnational Law of International Commercial transactions*, Deventer, Kluwer, 1982, 89 à la p. 92.

majorité des juristes. Dans plusieurs cas, elle s'avère même prioritaire, voire exclusive. D'autre part, la solution la plus simple à ces impératifs réside dans l'ébauche et le perfectionnement d'une forme d'unicité juridique. Divers fondements idéologiques ont servi d'assise, dans le passé, à la promotion de l'unicité du droit commercial international.⁶⁸ L'idéalisme (l'unité du genre humain et l'harmonie planétaire), le pragmatisme (la valeur pratique, dans la vie commerciale courante, de disposer d'un seul régime de droit) et l'historicisme (la persistance ou le retour d'un *jus commune*) ont, tour à tour, servi à la justifier. Mais, plus récemment, H. Berman a proposé une justification globale qu'il a conceptualisée sous l'expression de «world law». Berman réfère à tous les domaines d'activités (sports, littérature, commerce ...), à tous les types de règles de conduite (lois, coutumes, usages ...) et à toutes les facettes de la vie humaine (histoire, humanisme, société ...) pour démontrer que «for the first time in the history of the human race, most of the peoples of the world have been brought into more or less continual relations with each other».⁶⁹ Il en conclut que «the right name for the new era is “emerging world society”, and the right name for the law by which it is governed is world law».⁷⁰

Tenir pour acquis que le droit uniforme incarne le «seul point de vue» légitimé par la linéarité est une chose. Cependant, le droit uniforme va encore plus loin dans son intégration de la pensée simplificatrice en recourant au principe de *déterminisme*. L'objectif consiste à identifier les conditions, les circonstances ou les données qui assureront une constance et une persistance dans la convergence ou l'uniformité du droit. Pour ce faire, la *lex mercatoria* s'en remet à un déterminisme de type global et qui s'apprécie dans le temps. Autant les analyses doctrinales que la jurisprudence issues de la *lex mercatoria* révèlent un mode de raisonnement fondé sur le raccrochement et l'enchaînement d'un très large éventail de sources. Et même si plusieurs données de l'éventail ne possèdent pas toujours formellement une valeur juridique, elles acquièrent une autorité de par la pratique auto-référentielle propre à ce raisonnement. Par ailleurs, l'amas ainsi créé suscite le sentiment de sécurité attendue par les

68. J.W. Westenberg, «The Quest for Unification» dans *Forty Years On : The Evolution of Postwar Private International Law in Europe*, Deventer, Kluwer, 1990 à la p. 195.

69. H. Berman, « The Role of International Law in the Twenty-first Century : World Law» (1995) 18 Fordham Int'l L. J. 1617 à la p. 1617.

70. *Ibid.* à la p. 1618.

commerçants parce qu'il repose sur une orientation maîtresse, un fil conducteur que F. Osman résume en ces mots : «dégager des règles qui répondent systématiquement aux besoins du commerce international».⁷¹ En somme, la *lex mercatoria* fonctionne comme si chaque décision était cumulativement, liée à, et le fruit de la totalité des décisions antérieures. De son côté, le droit étatique adhère à un déterminisme d'inspiration plus scientifique reflété par l'axiome *les mêmes causes produisent les mêmes effets*. Ainsi, les rédacteurs de la Convention de Vienne ont-ils voulu aller plus loin que la simple élaboration d'un texte uniforme. Très soucieux devant le risque que la diversité des familles juridiques et des systèmes politiques et économiques ne se répercute dans l'interprétation de la Convention, ils ont entrepris d'identifier des conditions d'existence de l'uniformité qui soient objectives et invariables, de telle façon que ces conditions étant respectées, l'uniformité soit nécessairement achevée. La difficulté de cette entreprise explique le laconisme des règles prévues à ce sujet à l'article 7 C.v.i.m. Mais cela n'empêche pas l'objectif déterministe de tenir fermement car, tel que le déclare R. Monaco, «l'interprétation uniforme s'impose comme une nécessité absolue».⁷²

Finalement, le droit uniforme projette une image empreinte de simplification dans la mesure où son appartenance à la normalité s'avère indubitable. Cette appartenance est motivée par au moins deux types d'arguments. Le premier, peut-être le plus saisissant, réfère aux dimensions intellectuelle et mentale de la normalité en question. Il consiste à qualifier l'uniformisation d'une façon telle que de privilégier une approche différente de réglementation des transactions commerciales internationales équivaldrait à un dépassement de l'entendement. C'est en ce sens que R. David, procédant d'abord à une critique de la nationalisation du droit international privé, conclut qu'elle est «contraire à la saine raison».⁷³ L'alternative du droit uniforme est là, et si elle va de soi, c'est que «logique et raison ne peuvent être impunément laissées de côté».⁷⁴ A. Kassis argumente dans le même état d'esprit. Soulignant le potentiel énorme de développement du droit uniforme par l'entremise de

71. F. Osman, *supra* note 38 à la p. 403.

72. R. Monaco, «Allocution d'ouverture» dans *Le droit uniforme international dans la pratique*, Rome, Oceana, 1988 à la p. 3.

73. R. David, *supra* note 64 à la p.11.

74. *Ibid.* à la p. 11.

conventions internationales, Kassis déclare qu'il «serait irrationnel et navrant (que les États) n'aillent pas plus loin dans cette voie».⁷⁵ Encore, R. Monaco poursuit sur cette lancée qualitative en parlant de «tous (ces) éminents juristes qui travaillent et se consacrent au grand phénomène du droit uniforme»,⁷⁶ dès lors vu comme essentiellement bon. Toutes ces argumentations contribuent à procurer à l'uniformisation une allure *donnée*, c'est-à-dire dont la présence est immédiate dans l'ordonnement juridique du commerce international. Le deuxième type d'argument renvoie davantage à diverses circonstances dans lesquelles s'insère l'uniformisation. Réalisée en contexte donc, cette analyse vient étayer la dimension *inélucltable* de l'uniformisation. L'affirmation suivante de C. Samson synthétise bien le genre d'argumentation proposée à cet égard :

«Dans le contexte actuel de mondialisation des marchés, l'harmonisation des règles applicables aux échanges commerciaux, est devenue (sic) une nécessité pour les intervenants du commerce international».⁷⁷

Dans cette perspective, interdépendance et globalisation vont de pair avec «(the) explosive proliferation of attempts to unify and harmonize international private law».⁷⁸ En définitive, le mouvement apparaît tout *simplement* irréversible.

b) le contexte de justification

J'ai soumis précédemment que le contexte de justification référerait aux considérations qui jouent un rôle supérieur et décisif dans la prise d'une décision donnée. Relativement au droit uniforme, ces considérations ultimes à l'aube desquelles le contexte de découverte s'anime, obéissent à une pensée tournée principalement vers ce que je qualifierai de rationalité instrumentale, par opposition à une rationalité finaliste.

75. A. Kassis, *supra* note 21 à la p. 562.

76. R. Monaco, *supra* note 72 à la p. 1.

77. C. Samson, «L'harmonisation du droit de la vente : l'influence de la Convention de Vienne sur l'évolution et l'harmonisation du droit des provinces canadiennes» (1991) 32 C. de D. 1001 à la p. 1003.

78. J.A. Spanogge, *supra* note 18 à la p. 478.

À la base, cette affirmation dérive de l'énoncé de M. Horkheimer sur la rationalité :

«Reason for a long period meant the activity of understanding and assimilating the eternal ideas which were to function as goals for men. Today, on the contrary, it is not only the business but the essential work of reason to find means for the goals one adopts at any given time.»⁷⁹

La première branche de l'énoncé réfère à ce que Horkheimer désigne par l'appellation «rationalité objective» (ou finaliste). Celle-ci consiste en un processus de réflexion sur les objectifs, les buts, les visées que l'on choisit et se propose d'atteindre ou de réaliser. En d'autres mots, il s'agit d'un exercice orienté vers la détermination d'une ou de plusieurs finalités. Selon Horkheimer, il implique la conviction qu'il s'avère possible de découvrir «une structure englobante ou fondamentale de l'être»⁸⁰ et d'en déduire une destinée humaine fondée sur des idéaux du plus grand bien. L'exercice suppose également la reconnaissance que les personnes et les sociétés disposent de la capacité nécessaire pour identifier, hiérarchiser et réviser leurs valeurs, ainsi que de procéder à des choix de devenir individuel et collectif forgés à partir de ces mêmes valeurs. À ce moment, le degré de rationalité de l'existence d'une personne ou d'une société dépend de la plus ou moins grande harmonie entre leur vie et cette «structure englobante». Cette première branche fait écho à la seconde, qui s'intéresse à l'opportunité de privilégier tel ou tel moyen en vue d'atteindre ou de réaliser certaines fins. C'est la «rationalité subjective» (ou instrumentale). Ici, le rayon d'analyse et d'application de la pensée se limite à la façon d'atteindre un objectif. Il ne couvre pas l'objectif lui-même. Ce dernier est toujours, finalement, poursuivi pour autre chose, et ainsi de suite. Cela crée une spirale où le degré de rationalité est à la mesure de l'efficacité avec laquelle un objectif est atteint. Pour la rationalité instrumentale, il est inutile de s'interroger sur les fins car celles-ci ne peuvent être ni soupesées, ni jugées grâce à la raison ou par rapport à un quelconque ordre existant. Horkheimer y voit l'expression d'un processus abstrait de la pensée : la rationalité dépend de

79. M. Horkheimer, *Critique of Instrumental Reason*, trad. par M.J. O'Connell, New York, Seabury Press, 1974 à la p. vii. Voir, aussi, H. Stewart, «A Critique of Instrumental Reason in Economics» (1995) 11 *Economics and Philosophy* 57.

80. M. Horkheimer, *Éclipse de la raison*, trad. par J. Debouzy, Paris, Payot, 1974 à la p. 22.

«la faculté de classification, d'inférence et de déduction»,⁸¹ peu importe le fond de la pensée véhiculé dans ces opérations.

Le droit uniforme s'inscrit-il dans une forme de pensée instrumentale, dans laquelle l'accent porte sur les moyens, ou dans une pensée finaliste, centrée sur les fins ? De prime abord, l'observation de la structure et du contenu de l'argumentation qui m'apparaît appartenir au contexte de justification révèle la présence des deux composantes moyens - fin. En effet, *répondre aux besoins du commerce international* et *favoriser le développement du commerce international*, qui représentent respectivement les formules clés de la *lex mercatoria* et du droit étatique, semblent comprises comme combinant ces idées que le droit uniforme remplit une fonction instrumentale à l'égard d'une véritable fin qui lui est intrinsèque et essentiellement bonne, c'est-à-dire le commerce. Est-ce à dire que le droit uniforme aurait réussi à occuper une position intermédiaire entre les pôles de l'analyse de Horkheimer, à aller chercher le meilleur de chaque forme de rationalité et à les amener à se réfléchir l'une sur l'autre ? Je ne le crois pas. D'une observation plus poussée découle des constatations différentes.

La constatation initiale concerne l'amplitude de la pensée instrumentale. Sur ce plan, il y a lieu de retenir l'impact de l'idée suivant laquelle le droit uniforme a été constitué dans l'optique de *servir* le commerce. C'est avec acuité que doctrine, jurisprudence et loi rendent cette optique sensible. Il s'en dégage que le droit uniforme existe pour aider, appuyer, être utile à l'activité commerciale. Cette caractérisation vaut à la fois pour les commerçants, d'une part, et le commerce, d'autre part. Ainsi, elle se reconnaît dans ces approches qui abordent le droit uniforme sous l'angle d'un outil mis à la disposition des commerçants pour qu'ils le mettent à leur profit. Encore, elle ressort des points de vue qui le modèlent et le façonnent à la lumière des conditions tenues pour normales de fonctionnement du commerce. Par ailleurs, dans l'un et l'autre cas, le droit uniforme est représenté comme la meilleure *ressource* juridique disponible à l'égard de l'activité commerciale. Plus spécifiquement, des analyses qui en sont faites se profile la conclusion qu'il s'agit définitivement de la ressource la plus efficace, c'est-à-dire qui produira au mieux les effets

81. *Ibid.* à la p. 16.

attendus en matière de commerce. Cette perspective sous-tend des analyses de toute nature, même celles à caractère fondamental. Par exemple, K.C. Randall et J.E. Norris imprègnent d'une tournure résolument instrumentale leur démonstration approfondie de la naissance d'un nouveau paradigme juridique des transactions commerciales internationales, incarné notamment par la Convention de Vienne.⁸² Ils justifient cet aboutissement d'un long processus socio-historique par trois brèves considérations : il convient parfaitement à leur vision de la réalité actuelle, qui serait celle d'une «increasingly interdependant global community»,⁸³ il facilite le volume dit grandissant de commerce international et il satisfait à «the increased involvement of nation-states as parties to transnational business».⁸⁴ En somme, que le droit uniforme soit là pour fournir des moyens constitue une vérité éclatante.

Il n'en est pas de même relativement à la présence d'une pensée finaliste à l'intérieur du droit uniforme. Certes, tel que je l'affirmais précédemment, c'est le commerce qui semble compris comme jouant le rôle de finalité. Toutefois, je soumetts qu'à ce titre, le commerce ne se manifeste pas de façon très frappante. À l'éclat de la pensée instrumentale correspond, ici, quelque chose de beaucoup plus modeste. Cette seconde constatation repose sur les éléments suivants.

D'abord, la perception nettement dominante du commerce se réduit à une prise de connaissance formelle de celui-ci. Le commerce existe, c'est un fait. Et cela suffit à le prendre et à l'admettre tel quel. En termes d'analyse, l'existence factuelle l'emporte sur le contenu. Cette perception de base se particularise de différentes façons. L'une d'entre elles se traduit comme suit : alors qu'il constitue la raison d'être du droit uniforme, le commerce, en lui-même, demeure pratiquement indiscuté, tant du point de vue de ses orientations que de ses effets. Qu'est-ce que le commerce ? Vers quoi tend-il ? Que nous est-il permis d'en tirer ? Dans l'état actuel des choses, ces questions occupent une place marginale dans la conscience du droit uniforme. Bref, le commerce n'y est pas sous examen à la lumière, par exemple, des intérêts, des préférences et des aspirations de toute nature de ceux qui en font et de ceux qui sont touchés par

82. K.C. Randall et J. E. Norris, *supra* note 20.

83. *Ibid.* aux pp. 600-601.

84. *Ibid.* à la p. 601.

ses retombées. À la limite, il prend davantage l'allure d'une entité objective, c'est-à-dire indépendante de ces considérations. Une autre façon consiste à lier automatiquement commerce et bonheur de vivre, sans pousser substantiellement l'analyse. Ce lien automatique transparait dans le sentiment d'assurance exprimé envers le commerce et les espoirs qu'il suscite sur le plan de l'avancement en général, un sentiment qui imprègne très largement le droit uniforme. Pourtant, la démonstration du bien-fondé de ces assertions ne suit pas, alors que, pour reprendre les mots de G.C.J.J. Van den Bergh, «[w]e know in fact very little about the mechanisms of legal development or the interdependence of legal and economic development».⁸⁵ Dans ces conditions, il devient difficile d'affirmer que nous connaissons vraiment ce qu'il y a de bien dans le commerce et dans quelle mesure cette finalité peut constituer un horizon lumineux, capable de se réfléchir sur les moyens à entreprendre dans une situation donnée et de constituer une destinée fiable.

Il arrive quelquefois, par ailleurs, que le commerce tende vers un tel horizon. Le cas échéant, toutefois, la pensée qui en résulte présente des lacunes qui l'empêchent d'être qualifiée de finaliste.

La lacune la plus fréquente de cette pensée est de s'arrêter à un raisonnement à l'état brut. Ainsi, au début du siècle, L. J. Kennedy fondait ensemble droit uniforme et commerce et les situait au cœur d'une visée humaniste, celle d'un «sincere sentiment of human solidarity», qu'il formulait autrement par «the far-off fulfillment of the divine message, *On earth peace, goodwill toward men*».⁸⁶ Droit uniforme et commerce, d'un côté, et bonheur de vivre, de l'autre, étaient indissociablement liés. Paradoxalement, cette visée n'a pas fait l'objet d'une élaboration intellectuelle correspondant à sa profondeur et à son importance. Il est vrai qu'à l'occasion, elle a été précisée par des références aux objectifs relatifs à l'instauration d'un nouvel ordre économique international, à l'égalité, aux avantages mutuels et à d'autres principes fondamentaux. De même, a-t-il déjà été admis qu'il s'agissait là d'«illuminating

85. G.C.J.J. Van den Bergh, «What Law for Whose Development? - some Theoretical Reflections on Law and Development» dans *Unification and comparative law in theory and practice*, Boston, Kluwer, 1984, 29 à la p. 41.

86. L.J. Kennedy, «The Unification of Law» (1909) 10 J. Soc'y Comp. Legis. 212 à la p. 214.

indications». ⁸⁷ Cependant, de telles précisions, une fois posées et admises, sont demeurées secondaires dans la théorie pure et appliquée du droit uniforme. Il n'est pas possible d'affirmer qu'elles sont au centre de démonstrations réalisées afin de les intégrer sérieusement à la méthode et à l'organisation du droit uniforme. L'intégration relève davantage d'une simple mais forte croyance dans la communion naturelle du commerce et du progrès sous toutes ses formes ou, encore, d'un genre d'automatisme qui transparaît dans le sentiment d'assurance que le commerce a été, est et sera imbu des besoins de la communauté internationale.

Du reste, si le raisonnement semble dépasser l'état brut, il souffre tout de même d'ambiguïté. Un passage névralgique de l'analyse de la *lex mercatoria* effectuée par F. Osman offre une illustration typique de ce problème. Osman débute ce passage en affirmant que la *societas mercatorum* «élabore des règles qui répondent aux besoins de ses membres de manière empirique». ⁸⁸ Cela expliquerait que le droit appartient aux disciplines normatives, par opposition à purement explicatives. Sur la base de la prémisse que le droit est fonction d'un jugement de valeur, Osman établit ce qui suit :

«Bien évidemment le jugement étant nécessairement fondé sur une appréciation des objectifs poursuivis, ces disciplines postuleront l'inévitable recherche d'une finalité à découvrir. Aussi, les données de la vie en société font-elles partie du fondement des règles de droit secrétées par la *societas mercatorum*. Ces données englobent généralement des facteurs politiques et sociaux, religieux et moraux, ou simplement économiques». ⁸⁹

L'auteur enchaîne immédiatement en déclarant que «[l]'élaboration du droit anational repose essentiellement, si ce n'est exclusivement, sur des considérations économiques», ⁹⁰ déclaration renforcée plus loin par celle-ci :

87. M.J. Bonnell, *supra* note 5 à la p. 94.

88. F. Osman, *supra* note 38 à la p. 410.

89. *Ibid.* à la p.411.

90. *Ibid.*

«Aussi peut-on sans conteste transposer au niveau de la *lex mercatoria* la réflexion de Josserand constatant la mutation du droit en un “*code de la richesse et des phénomènes économiques, ou, si l’on veut, le juste est devenu ce qui cadre avec les postulats et les nécessités économiques*”». ⁹¹

D’après Osman, finalement, dérive de ce contexte l’«aspiration de l’institution *mercatique* à répondre impérativement aux besoins du commerce international dans sa production normative». ⁹²

Selon moi, la finalité à découvrir dont parle Osman est mal déterminée. En particulier, la place et l’influence réelles des «données de la vie en société» au sein de l’ordre juridique de la *lex mercatoria* demeurent obscures. Ces données, devrait-il être admis, sont fort variables, complexes, et plus ou moins expliquées. Or, si leur place et leur influence sont véritablement à la mesure de l’affirmation d’Osman à l’effet qu’elles participent à l’assise de la *lex mercatoria*, il s’avère difficilement concevable qu’elles puissent être aussi concentrées et synthétisées dans cette raison d’être «des besoins du commerce international», et continuer à s’épanouir dans toutes leurs possibilités. En d’autres mots, l’opération de réduction énorme qui refoule les «données de la vie en société» dans cette raison d’être risque de diminuer indûment leur portée, de les priver substantiellement de leur signification et, par conséquent, d’empêcher leur pleine et entière évolution.

Aussi, affirmer que la *lex mercatoria* «repose essentiellement, si ce n’est exclusivement, sur des considérations économiques» et subordonner sa légitimité à sa conformité aux besoins du commerce international entraîne toute recherche d’une finalité sur un terrain glissant. En toute matière, il importe de garder à l’esprit qu’identifier des besoins est une chose, comprendre et justifier le pourquoi de leur satisfaction en est une autre. De même, la compréhension et la justification de ce pourquoi ne peuvent s’avérer justes et rigoureuses sans leur ouverture vers ce qu’il conviendrait d’appeler une totalité de motifs et de considérations. L’argumentation proposée par Osman va dans une direction différente. Au lieu d’ouvrir la *lex mercatoria* sur un tout, elle la referme autour d’un sous-ensemble, soit l’économique. Au surplus, ce sous-ensemble est dit

91. *Ibid.*

92. *Ibid.* à la p.412.

exclusif : il tient à l'écart ce qui ne relève pas de sa nature. Il y a là une tendance au repli, à l'opposition et à la séparation qui contraste avec l'idée d'une structure englobante telle que définie par Horkheimer. En s'en remettant aux propos de L. Jossierand, tenus précisément dans l'analyse à laquelle Osman réfère, cette tendance serait symptomatique d'une pensée instrumentale. En effet, Jossierand considérerait que le mouvement juridique unilatéral vers l'économique s'accompagnait de l'éclipse d'un idéal et d'une force spirituelle au profit d'une excessive matérialisation et d'une mécanisation du droit.⁹³ Pour ma part, j'estime suffisant d'émettre l'hypothèse qu'en l'absence d'une communication étroite entre l'économique et ce qui lui est extérieur, les «besoins du commerce international» ne pourront s'articuler qu'à une finalité, au mieux de faible amplitude.

III- DROIT UNIFORME ET CONCEPTION CULTURELLE

La pensée du droit uniforme cadre-t-elle avec une conception culturelle du développement (b)? Pour répondre à cette question, je procéderai à une présentation synthétique du paradigme et préciserai ce qu'il implique sur le plan de la pensée⁹⁴ (a).

a) Description du paradigme

J'ai mentionné, précédemment, diverses raisons pour lesquelles une recherche du bien s'imposait. Prises dans leur ensemble, ces raisons refléteraient un contexte de désenchantement du monde et de crise des fondements⁹⁵ qui, sur le plan de la pensée, se traduirait par un effritement du *sens*. Avant toutes choses, il importe de souligner que la recherche du bien prend le contre-pied des

93. L. Jossierand, «Un ordre juridique nouveau» D.H.1937.Chron.41.

94. Je réfère le lecteur à quelques études récentes: F. Petiteville, «Intérêt et limites du paradigme culturaliste pour l'étude du développement» (1995) 144 Revue Tiers-Monde 859; D. Hunt, *Economic Theories of Development : An analysis of competing paradigms*, Hemel, Harvester Wheatsheaf, 1989; R.F. Meagher, «The United Nations Family : Challenges of Law and Development : Introduction» (1995) 36 Harv. Int'l L.J. 273; J. C. Sanchez-Arnau et D. Desjeux, *La culture, clé du développement*, Paris, L'Harmattan, 1994.

95. R. Aron, *Les désillusions du progrès : Essai sur la dialectique de la modernité*, Paris, Calmann-Lévy, 1969; P. Collin et O. Mongin, *Un monde désenchanté? : débat avec Marcel Gauchet sur le «Désenchantement du monde»*, Paris, Éditions du Cerf, 1988.

thèses qui cautionnent cet effritement. Pour le bien, il s'avère encore pertinent de s'interroger fondamentalement, que ce soit à la lumière de la quadrature établie par Kant (que puis-je savoir?; que dois-je faire?; que m'est-il permis d'espérer?; qu'est-ce que l'homme?) ou d'autres. L'idée derrière cette interrogation consiste à trouver un *modus vivendi* capable de satisfaire un besoin inné de raison d'être au monde.⁹⁶

Dans cette optique de donner du *sens* à l'action humaine, la conception culturelle pose une pierre angulaire normative à double facettes : l'épanouissement et la solidarité. La première facette adopte une perspective séquentielle de la vie et elle est applicable autant aux personnes considérées individuellement que collectivement. Ainsi, la vie est perçue comme constituée d'une série d'actions, de gestes ou, encore, de projets et de vues, qui s'intègrent dans un ensemble de réalisations personnelles ou communautaires. Plus spécifiquement, l'épanouissement réfère à l'étendue des possibilités qui s'offrent à un individu ou à une communauté de se réaliser : c'est la formule du «what (one) can do or can be» à partir de laquelle l'économie morale a forgé le concept dit de “expansion of human capability”». ⁹⁷ À ce moment, les critères et les indicateurs propres à la vision de l'opulence (ex. : le revenu par habitant) ou à d'autres théories tel l'utilitarisme (ex. : bonheur) ne sont pas totalement ignorés. Ils deviennent cependant relativisés et analysés en fonction de la capacité qu'ils confèrent à une personne ou une société de choisir et de satisfaire ses aspirations. La seconde facette, la solidarité, vise à imprégner les diverses activités valorisées aux fins de l'épanouissement d'un sentiment de responsabilité et de communauté d'intérêts. Elle implique que la vitalité du *modus vivendi* évoqué précédemment exige davantage que le seul appel à l'épanouissement. Il faut, aussi, que ce dernier se fasse dans le respect de ce que R. Petrella appelle les principes d'existence de l'autre et de coexistence.⁹⁸

96. Deux publications présentent un attrait certain par rapport à l'analyse du présent qu'elles effectuent et des solutions proposées : P. Engelhard, *L'homme mondial. Les sociétés humaines peuvent-elles survivre?*, Paris, Arléa, 1996; E. Morin et S. Naïr, *Une politique de civilisation*, Paris, Arléa, 1997.

97. Amartya Sen est l'un des auteurs qui a le plus analysé cette notion; voir *Commodities and Capabilities*, vol. 7, Amsterdam, Netherlands, 1985. Aussi, M. Nussbaum, A. Sen, *The Quality of Life*, Oxford, Clarendon, 1993; K. Griffin et J. Knight, *Human Development and the International Development Strategy for the 1990s*, London, Macmillan, 1990.

98. R. Petrella, *Le bien commun. Éloge de la solidarité*, Bruxelles, Labor, 1996.

D'après lui, ces principes sont à la base d'un bien commun matériel et immatériel qu'il place au coeur d'un contrat social mondial. Pour Petrella, le bien commun repose sur le contrat de l'avoir, destiné à la suppression des inégalités; le contrat culturel, afin de promouvoir la tolérance et le dialogue entre les cultures; le contrat démocratique, garant des libertés civiles et politiques; et le contrat de la terre, orienté vers le développement durable. Dans la mesure où vivre ensemble possède un sens en soi, c'est-à-dire qui va au-delà de la simple somme des aspirations personnelles et sociales, la solidarité apparaît ainsi comme un complément nécessaire à l'épanouissement.⁹⁹

Cette pierre angulaire normative est, par la suite, façonnée suivant une proposition de N. Goodman : la réalité ne se compose pas d'un monde unique attendant d'être découvert, mais plutôt de plusieurs mondes construits.¹⁰⁰ C'est ici que la conception de l'opulence, qui réduisait le bien à un seul rapport, cède le pas à une vision conditionnée par au moins trois composantes de la culture : l'historicité, qui situe le bien dans le temps et lui affecte des priorités différentes; la spatialité, qui situe le bien dans un territoire donné et lui attache des perceptions différentes; et l'éthique, qui situe le bien dans des systèmes de valeurs particuliers et lui attribue des aspirations différentes. Le bien se construit donc par référence à un contexte. Sur ce plan, la culture remplit un rôle déterminatif. C'est à partir du conditionnement qu'elle opère à l'égard du bien que pourront être saisis et compris les éléments auxquels un monde donné attache intrinsèquement de la valeur. Cependant, toutes les notions de la culture ne sont pas en mesure de remplir ce rôle. Par exemple, un type de notion passablement répandu consiste simplement à énoncer les productions récurrentes de l'action sociale. Ce type envisage la culture comme un ensemble constitué par les connaissances, les croyances, l'art, la morale, la coutume et les autres habitudes et aptitudes acquises. L'énumération présente l'avantage de la globalité. Elle ne va toutefois pas plus loin, laissant notamment de côté toute explication sur la cohérence qui unit ces diverses composantes. Cette cohérence est plus visible dans les notions de type historique de la culture, conçue alors comme un amalgame de comportements transmis d'une génération à une autre.

99. Pour un approfondissement sur la notion de solidarité, voir J. Habermas, *Autonomy et Solidarity*, London, Verso, 1986.

100. N. Goodman, *Manières de faire des mondes*, trad. par M.-D. Popelard, Nîmes, Jacqueline Chambon, 1992.

Ou, encore, dans les notions de type idéaliste ou normatif, qui définissent la culture comme manière de vivre commune aux individus d'une société. Elles demeurent, néanmoins, marquées de statisme - l'acteur de la culture pose des actes de reproduction, laissant dans l'ombre le changement, l'adaptation et l'innovation - et d'essentialisme¹⁰¹ - l'ensemble culturel n'est pas mis en relation avec d'autres cultures. Dans les faits, la notion de type sémiotique développée par C. Geertz cadre mieux avec la quête de *sens* caractéristique de la conception culturelle.¹⁰² Geertz refuse de confondre la culture avec les cultes et les coutumes. Il l'assimile plutôt aux «structures de compréhension» à travers lesquelles l'être humain donne une orientation et des valeurs à son existence. Ainsi conçue, la culture implique l'existence d'un code, c'est-à-dire un système de significations par lequel des individus communiquent, perpétuent et développent leurs connaissances et leurs attitudes par rapport à la vie.

Cette dernière notion s'imbrique à la conception culturelle sous trois aspects majeurs. Premièrement, elle associe la présence d'un monde donné à l'existence d'un code. Celui-ci procure une cohérence minimale sans laquelle les significations ne pourraient pas être partagées par les membres de ce monde. Deuxièmement, le code s'avère compatible avec le dynamisme social et les mutations qu'il engendre. En effet, la contrainte exercée par les significations se limite à l'organisation sociale. Rien n'empêche cette action d'être diversifiée, de procéder d'un choix entre plusieurs orientations. Par ailleurs, chaque action se trouve à germer au coeur de l'action précédente et à constituer elle-même une source d'enrichissement pour l'avenir. Et, troisièmement, le code, en tant que système de perception de l'autre par les membres d'un monde, est en perpétuel ajustement aux mondes qui l'entourent : il est ouvert, placé en situation d'interaction. Cette façon de voir le *sens* substitue à la globalisation homogénéisante sous-jacente à l'analyse de Yeelpala une représentation de la réalité dans laquelle les divers mondes présents ici et là entretiennent des rapports qui nourrissent à la fois leur ressemblance et leur différenciation.¹⁰³ À

-
101. Note, «Aspiration and Control : International Legal Rhetoric and the Essentialization of Culture» (1993) 106 Harv. L. Rev. 723.
102. C. Geertz, *Local Knowledge*, New York, Basic Books, 1983; du même auteur, *The Interpretation of Cultures*, New York, Basic Books, 1973.
103. G. Robinson et J. Rundell, dir., *Rethinking Imagination. Culture and Creativity*, London, Routledge, 1994.

l'intérieur de ces relations, les constructions multiples du sens reposent sur l'ambiguïté, la résistance et la correction. Le sens n'est donc pas purement et simplement échangé, tel quel, d'un monde à un autre. De même, les tournures qu'il est appelé à prendre ne sont pas fixes dans le temps et l'espace. La circulation du sens entre les mondes est un processus fluide, sans limites prédéterminées,¹⁰⁴ ce qui crée des «particular constellations of historical relations articulated at a particular locus».¹⁰⁵ Tout ce mouvement s'éloigne de l'homogénéisation : en droit, notamment, il faudrait plutôt l'envisager comme favorisant l'apparition de ce que R. Coombe appelle des «new legalities and juridical sensibilities».¹⁰⁶

Enfin, la conception culturelle intègre l'économique au sein du vivant.¹⁰⁷ Cette intégration implique la reconnaissance de l'existence d'au moins trois sphères.¹⁰⁸ La première sphère regroupe les activités économiques, la seconde englobe le reste des relations et des préoccupations humaines, et la troisième vise la biosphère. Ces sphères sont en interdépendance : cela signifie que la reproduction et la destinée de chacune passent par celles des deux autres. En même temps, chaque sphère n'est pas réductible aux deux autres : ainsi, les relations et les préoccupations humaines ne peuvent être toutes ramenées à l'économique. Inversement, l'économique possède certaines caractéristiques particulières qui ne peuvent s'expliquer par un recours à des considérations qui lui sont extérieures. Ce faisant, la conception culturelle prend le contre-pied de la vision de l'opulence à plus d'un titre. Elle réfute, d'abord, l'idée de lois générales et déterministes dans l'économique. La dépendance de ce dernier à l'égard d'autres sphères montre bien qu'il ne peut résoudre, à lui seul, toutes les

104. J. N. Pieterse, «Globalisation as Hybridisation» (1994) 9 *International Sociology* 161 particulièrement aux pp. 161-162.

105. R. J. Coombe, «The Cultural Life of Things : Anthropological Approaches to Law and Society in Conditions of Globalization» (1995) 10 *Am. U. J. Int'l L. & Pol'y* 791 à la p. 827.

106. *Ibid.* à la p. 796.

107. J.P. Henderson, «Challenges facing Economists in the 21st Century» (1993) *Review of Social Economy* 412.

108. R. Passet, *L'économie et le vivant*, Paris, Payot, 1979; H. Bartoli, *L'économie multidimensionnelle*, Paris, Économica, 1991.

situations où des intérêts et des aspirations sont en jeu.¹⁰⁹ La main invisible, ou la simple liberté, s'avère insuffisante. Elle doit être enrichie par des éléments qui appartiennent à la coordination et à la coopération. Ensuite, elle refuse de dissoudre les *mondes* dans l'économie. Il ne s'agit donc plus de se fier uniquement au jeu des rationalités individuelles et au contexte institutionnel du marché où elles s'exercent. Au contraire, tous les aspects qui font le propre d'un monde deviennent pertinents pour comprendre ses formes et ses orientations. En fait, l'association de l'économie et du vivant modifie les variables de l'analyse : les explications et les solutions posées en termes d'efficacité et de richesse sont fondues à l'intérieur de questionnements et d'avancés plus compliqués (parce que recourant à l'histoire, à la morale, à la sociologie et ainsi de suite, d'un monde), mais aussi infiniment plus globaux, inspirants et révélateurs. C'est ainsi que, par exemple, la réalité économique d'un monde pourra davantage s'expliquer par le concours d'un goût de la réussite et d'une volonté d'entreprendre, confortés par une sécurité morale issue de la cohérence culturelle.

b) Les lacunes de la pensée du droit uniforme et les bases de sa révision

À la lumière de cette description générale, je soumets que la conception culturelle tend vers une imbrication de pensées dialectique, systémique et complexe, laquelle est orientée fondamentalement par une pensée finaliste.¹¹⁰ Dans la présentation schématique qui suit, je démontrerai en quoi la pensée actuelle du droit uniforme s'oppose à cette tendance, ainsi que les différents principes qui devraient orienter sa révision.¹¹¹

109. J'ajouterais que toute idée de *construction* du sens s'oppose à un déterminisme fort. À ce sujet, voir les propos stimulants de S.J. Gould dans *Réflexion sur l'histoire naturelle*, Paris, Seuil, 1996.

110. Dans les passages qui suivent, je n'ai pas manqué de m'inspirer de quelques études critiques sur la globalisation. En voici quelques unes : R. Robertson, *Globalization : Social Theory and Global Culture*, London, Sage, 1992; M. Featherstone, dir., *Cultural Theory and Cultural Change*, London, Sage, 1992; J. Friedman, dir., *Cultural Identity and Global Process*, London, Sage, 1994; F. Buell, *National Culture and the New Global System*, Baltimore, John Hopkins U. P., 1994.

111. Pour un propos d'ordre plus général sur les transformations actuelles de la saisie du réel, voir I. Wallerstein, «Social Science and Contemporary Society» (1996) 11 *International Sociology* 7 particulièrement à la p.24.

i) une pensée dialectique

La première opposition met en relief la stabilité, l'infini et la certitude caractéristiques de la pensée métaphysique. En posant des principes immuables, un choix dualiste et des classements définitifs, celle-ci est essentiellement sécurisante. Elle dénote un état d'esprit voué à créer un sentiment ou un climat de confiance et de tranquillité. La pensée dialectique, de son côté, vient en quelque sorte la dépasser. Initialement, le dépassement provient du *changement*, qui va au-delà de l'identité. Le changement suppose un devenir qui se construit constamment. Cette construction se nourrit des expériences passées et présentes, de façon à mieux se raccrocher à un futur qui est, potentiellement, synonyme d'autres mutations. Passé, présent et avenir forment donc un bloc au sein duquel un principe *d'influence réciproque* agit entre les choses et les êtres. Toutes leurs facettes sont, a priori, perméables aux effets de ce principe qui assure un approfondissement mutuel - chaque composante peut entrer dans la connaissance et la compréhension d'une autre, et réciproquement - et une complémentarité - diverses composantes peuvent se parfaire, s'enrichir en s'associant. Par ailleurs, la dimension relationnelle inhérente à l'influence réciproque est marquée par la *contradiction* et l'ambivalence. Elle délaisse ainsi la logique binaire propre au type métaphysique qui réfute les oppositions : une chose est bonne ou mauvaise, belle ou laide. Pour le type dialectique, la coexistence des contraires est une donnée normale, comme le fait de vouloir et de devoir résoudre les contradictions constitue une attitude à la base de la formation du sens.¹¹² Finalement, ces facteurs s'inscrivent dans un mode *d'évolution par paliers*. Cela signifie que la réalité ne se modifie pas toujours au même rythme. Son évolution est plutôt fonction de phases, de périodes dont la succession dépendra de l'intensité du changement et des contradictions à surmonter.

112. J. Jacobs, *Systèmes de survie. Dialogue sur les fondements moraux du commerce et de la politique*, Montréal, Boréal, 1995.

ii) **une pensée systémique**

La seconde opposition met en lumière l'approche du type analytique qui consiste, animée de l'impératif de ne rien omettre, à découper la réalité le plus finement possible afin d'analyser ses éléments constitutifs dans le détail. Cette méthode est légitimée par l'idée voulant que chaque élément puisse être considéré indépendamment de ce qui l'entoure; en d'autres mots, la réalité ne résulterait, globalement, que de l'addition de ces éléments indépendants les uns des autres. La pensée systémique procède autrement. Elle pose, tout d'abord, le principe *d'organisation*. Il implique que la réalité doit certes être interrogée suivant ce qu'elle contient, mais aussi par rapport à la façon dont elle est organisée. Cela conduit à observer autant les liens qui unissent les diverses composantes de la réalité et leur fonctionnement que les composantes elles-mêmes. Le principe *d'association* conforte ce premier énoncé. Il postule, d'une part, que les liens et le fonctionnement des dites composantes forment un tout. Par définition, le tout signifie davantage que la réunion de ses parties : il ne leur est pas complètement réductible. D'autre part, les parties et le tout sont associés relativement à leurs transformations. Le tout se réfléchit sur les parties, les amène à se modifier, et réciproquement. Par ailleurs, l'organisation et l'association sont ouvertes sur une *totalité*. Elles sont sensibles à tous les mouvements, dimensions et effets qui se rattachent aux parties et au tout. Cette sensibilité définit l'originalité et la richesse du système dans lequel s'insère les parties et le tout. Par l'entremise de ces prémisses méthodologiques, il devient possible de développer la vision d'ensemble propre au principe de *globalité*. Pour celui-ci, une vision globale est utile sur deux plans. Premièrement, elle correspond à l'idée qu'une mobilisation de connaissances doit être tentée dans la résolution de chaque problématique particulière. Et, deuxièmement, elle permet de prendre du recul par rapport au système, de prendre en considération les phénomènes d'incertitude liés au principe de totalité, et d'apporter les ajustements nécessaires, le cas échéant.

iii) **une pensée complexe**

La troisième opposition rejoint la conviction suivante qui sert de pivot à la pensée simplificatrice : des lois universelles et permanentes existent; elles sont fondées sur, ou peuvent être réduites à quelques principes seulement; et l'agencement de ces principes peut être empreint d'une netteté qui, en excluant

la méprise et l'équivoque, s'apparente à du formalisme. La pensée complexe est plus nuancée. En calquant son horizon sur l'énoncé de Bachelard à l'effet «qu'il n'y a pas de simple dans la nature, il n'y a que du simplifié», elle porte son regard et son intérêt vers la densité de la réalité. Plusieurs approches de la complexité se développent actuellement. Pour mes fins, j'ai choisi de conceptualiser et de reprendre certains élans discursifs admirables de S. Kokis dans *Les langages de la création*.¹¹³ Dans sa saisie et sa compréhension de la réalité, la pensée complexe se définit sous l'angle de la *création*. Elle consiste à poser des actes de décentration, de réarrangement du réel, afin de faire apparaître de l'inédit. Sur un plan théorique, l'objectif est de «dégager la pensée de l'emprise concrète des sens et des habitudes pour permettre d'envisager les choses selon de nouvelles perspectives».¹¹⁴ Dans ce qui relève d'un «processus de remodelage des données de l'expérience immédiate»,¹¹⁵ la quête du sens est fonction du principe de *représentation interne*. Ainsi, pour accéder à ce qui fait la profondeur, le tissu, l'épaisseur de la réalité, il faut savoir que «[t]out s'organise autour de nous, non pas comme une réalité objective et abstraite, mais bien comme un monde personnel, selon des paramètres sémantiques que nous partageons de manière tronquée avec le réel et avec nos semblables».¹¹⁶ Plus spécifiquement, la représentation interne est le fruit d'un dialogue constant entre le monde personnel et ce qui l'entoure. Dans les mots de Kokis, le principe *dialogique*¹¹⁷ prend cette allure :

«Le cerveau humain n'est pas un récepteur passif. Il ne cesse pas de structurer, d'agencer et de revoir les informations qui nous parviennent des sens. Et ces dernières deviennent des perceptions cohérentes et signifiantes, non seulement originales, mais qui retiennent aussi en leur sein nos expériences passées, notre identité, voire la direction que nous voulons imprimer à notre existence. Cet exercice perpétuel d'accommodation et de synthèse nouvelles nous permet de nous orienter dans le monde, dans l'axe de notre personne et dans la société qui nous entoure».¹¹⁸

113. S. Kokis, *Les langages de la création*, Montréal, Nuit blanche, 1996.

114. *Ibid.* à la p. 26.

115. *Ibid.*

116. *Ibid.* à la p. 18.

117. Le principe dialogique a été approfondi particulièrement par M. Bakhtin dans *Le principe dialogique*, Paris, Seuil, 1981.

118. S. Kokis, *supra* note 113 à la p. 19.

L'accommodation et la synthèse nouvelles correspondent à l'idée d'unité si caractéristique de la pensée simplificatrice. Cependant, *l'unité*, dans sa version complexe, s'inscrit dans une démarche qui va au-delà de l'ordre, du déterminisme, de la linéarité et de l'inéluctable. En fait, il s'agit d'une démarche qui dénote «une propension à concevoir la vie sous forme de récit plutôt que de moments isolés».¹¹⁹ Cette inclination signifie que derrière le charme, la beauté ou la raison d'être qui ressort de l'unité d'ensemble de quoique ce soit se cache toujours des dimensions infinies, compliquées, incomprises, inconnues. Le récit permet d'aller puiser dans ces deux sources indispensables que sont l'apparent et le diffus. Kokis explique sur quoi s'ouvre le récit :

«Les expériences internes gardent une certaine permanence substantielle, puisqu'à l'aide de la syntaxe linguistique, les éléments parfois hétéroclites de la mémoire sont organisés dans une sorte d'unité mouvante qui évolue à la façon d'une narration (...) Il va de soi qu'il nous faut corriger sans cesse les éléments de notre histoire - même les faits les plus insolites - par l'ajout de liens logiques parfois forcés (...) Nous passons sous silence les grandes contradictions, nous changeons le sens de nos échecs les plus humiliants, nous enveloppons le tout de manière jolie et voilà que nous regagnons l'impression d'une certaine maîtrise sur notre existence. Les raisonnements fallacieux, les ellipses très ouvertes, les analogies boiteuses et toutes sortes de recours mythiques abondent dans ce tissu narratif intérieur qu'est l'identité personnelle. La nécessité d'une cohérence de l'ensemble et les obligations de la syntaxe sont heureusement si puissantes que la meilleure des mémoires devient faillible pour arrondir les coins au profit du sens global de l'histoire».¹²⁰

Le fil conducteur de la réalité d'une chose ou d'un être n'est donc pas en ligne droite. Il prend davantage la forme d'une boucle ou d'une spirale.¹²¹

iv) une pensée finaliste

La dernière opposition confronte la pensée instrumentale caractéristique du droit uniforme à l'objectif fondamental de la conception culturelle qui cherche à trouver la meilleure réponse possible à la question finaliste «où s'en

119. *Ibid.* à la p. 33.

120. *Ibid.* aux pp. 33-34.

121. A. Rocque, «Non-Linear Phenomena» (1988) 28 Int'l Phil. Q. 247.

va-t-on ?». L'établissement d'un modèle de vie individuelle et sociale ou, plus modestement, la construction d'une destination humaine, doit être tenté. Compte tenu de la nature du *modus vivendi* décrit plus haut, j'estime que cette meilleure réponse possible doit être pluraliste et fondée sur la communication. En effet, la pierre angulaire normative fondée sur l'épanouissement et la solidarité établit les bases du contenu de la pensée finaliste requise. Mais façonnée par divers mondes construits, elle devient nécessairement plurielle. Cette construction pluraliste n'est pas un précipice vers le relativisme : cela serait mal interpréter l'argumentation de Goodman sur ce point. En disant que les mondes sont construits, il ne dit pas que nous sommes libres de penser ce que nous voulons. Sa thèse est qu'il y a de nombreuses manières de bien comprendre, et non qu'il n'y a pas de différence entre bien et mal comprendre. La construction demeure soumise à certains critères, dont l'un des plus importants est *l'ajustement*. Pour Goodman, la connaissance consiste à trouver cet ajustement, «comme on place une pièce dans un puzzle».¹²² Par analogie, l'ajustement au cœur de la pensée finaliste est appelé à se matérialiser sous la forme d'une recherche d'un terrain de coexistence entre des mondes faits de visions plus ou moins irréductibles et de pratiques plus ou moins incompatibles. Fortement empreinte d'un esprit de communication, cette coexistence devra être ressentie comme l'occasion, pour chaque monde, de faire l'expérience de ses propres limites : une découverte qui laissera un espace ouvert pour accueillir des conceptions de la réalité venues d'ailleurs.

122. N. Goodman, *supra* note 100 à la p. 31.

IV- UNE NOUVELLE REPRÉSENTATION DU DROIT UNIFORME

Suivant la logique de la méthodologie établie au départ, l'imbrication de pensées dont je viens de faire état serait constitutive d'un nouvel *arrière-plan*. Dans la mesure où le bien-fondé de ce dernier est admis, comment se refléterait-il sur la trame des moyens d'expression et de persuasion du droit uniforme? Voici, en guise de prospective, le discours que je propose.

a) le contexte de découverte

i) la pensée dialectique : l'argument du relationnalisme

Les premiers mots de ce discours s'intéressent spécifiquement aux contractants. Comment doit-on se représenter ce qu'ils font et dans quel contexte ils agissent? Dans l'optique sécurisante de la pensée métaphysique, le contrat sert à fixer des obligations. Sur un plan temporel, cette fixation signifie que le contrat est réputé localisé en un moment unique : avant et après ce moment, aucune obligation n'existe. Les divers temps possibles du contrat sont ramenés et confondus à un seul, un temps actuel, présent. Cette faculté dite de «présentation»¹²³ s'avère vraisemblable en raison notamment de la stabilité et de la continuité qui caractérisent l'environnement des parties. Les conditions passées et futures étant appelées à demeurer similaires, il devient concevable que des parties puissent suffisamment se souvenir et anticiper pour définir complètement, à un moment donné, leur engagement. L'insistance sur le caractère obligatoire du contrat s'explique aussi par le dualisme métaphysique qui conduit à envisager les parties comme des entités séparées, irréductibles l'une à l'autre. De même, la logique dualiste restreint l'éventail des motivations de chaque partie à un contrat à, principalement, la poursuite de ses propres fins. Ces effets du dualisme sont assimilés à de l'antagonisme et de la maximisation égoïste d'intérêts. Dans tous les cas, la fixation des obligations permettrait d'en assurer la maîtrise et d'éviter leur dérapage.¹²⁴

123. I.R. Macneil, «Contracts : Adjustment of Long-Term Economic Relations Under Classical, Neoclassical, and Relational Contract Law» (1978) 72 Nw. U. L. Rev. 854 à la p. 863.

124. Pour une discussion sur cette idée, voir C. Fried, *Contract as Promise : A Theory of Contractual Obligation*, Cambridge, Harvard U.P., 1981.

L'argument relationnel voit les choses autrement.¹²⁵ Il adopte une vision réseau(tiste) des rapports contractuels basée sur l'adaptation, la flexibilité, et dans laquelle la dimension normative de tout échange constitue une préoccupation fondamentale.¹²⁶

Plus spécifiquement, l'argument relationnel place les contractants dans un environnement dialectique, c'est-à-dire fonction du changement et de l'évolution par paliers. Traversé par le mouvement, la diversité, l'instabilité et la stabilité, cet environnement s'apprécie temporellement de deux façons complémentaires : en longue durée, et au jour le jour. C'est donc dire que le contrat n'est pas un point arrêté, figé dans le temps. Il s'agit plutôt d'un maillage qui se meut, «an on going operation» suivant la formule de Macneil.¹²⁷ Dès lors, il ne peut y avoir *un* moment magique à partir duquel découleront toutes les obligations à la charge des parties. Étant donné que le contrat progresse autant, dans le temps, à partir du long terme que du court terme, plusieurs moments ou circonstances autres que la conclusion formelle seront de nature à engager les parties. Aussi, sur le plan des valeurs, le «maillage» ouvre la porte à une vue d'ensemble différente du contrat. L'antagonisme et la maximisation égoïste d'intérêts équivalent à un éventail normatif que je qualifierais d'étroit. Dans l'optique métaphysique, cette étroitesse convient dans la mesure où le potentiel d'un contrat est conçu comme déterminé à l'avance. Il suffit aux parties de se le diviser en suivant le jeu de la somme zéro, c'est-à-dire qu'à chaque avantage gagné par un contractant correspond un désavantage pour l'autre. En comparaison, l'argument relationnel associe le potentiel du contrat à un faisceau

125. Ian R. Macneil poursuit, depuis de nombreuses années, une théorie du «relational contract» qui s'avère très riche et prometteuse relativement à l'argument relationnel que j'entends développer plus à fond dans l'avenir. Je réfère le lecteur à l'un seul de ses textes fondamentaux : *The New Social Contract. An Inquiry into Modern Contractual Relations*, New Haven, Yale U. P., 1980.

126. Dans un contexte différent mais tout à fait pertinent pour un approfondissement ultérieur, S. Salbu a réalisé une étude fascinante sur l'approche relationnelle : «The Decline of Contract as a Relationship Management Form» (1995) 47 Rutgers L. Rev. 1271; du même auteur, voir «Parental Coordination and Conflict in International Joint Ventures : The Use of Contract to Address Legal, Linguistic and Cultural Concerns» (1993) 43 Case W. Res. L. Rev. 1221.

127. I.R. Macneil, «The Many Futures of Contracts» (1974) 47 S. Cal. L. R. 691.

de possibilités d'avancement, en qualité, pour chacune des parties. Or, pour étendre ces possibilités le plus possible, un enrichissement et une diversification des valeurs à l'oeuvre dans chaque contrat donné s'imposent. Il faut tendre vers un éventail normatif large, composé d'éléments tenant à la coopération, la confiance, la coordination et d'autres.¹²⁸

ii) la pensée systémique : l'argument du bien commun

La conception culturelle du bien ne peut avoir de sens que s'il existe quelque chose qui constitue plus que la simple somme des intérêts des parties impliquées dans des transactions. D'une part, en s'inspirant du théorème d'impossibilité d'Arrow,¹²⁹ il est en effet possible d'établir qu'aucune procédure de regroupement de préférences individuelles manifestées dans des contrats ne permettrait de déterminer en tout temps une préférence collective. De même ne serait-il pas possible de hiérarchiser des priorités collectives uniquement à partir des classements effectués par chaque contractant individuellement. D'autre part, la théorie des jeux coopératifs montre bien que la simple liberté à la base de la conception de l'opulence s'avère insuffisante. Il appert plutôt qu'en présence d'une contrainte de ressources communes, le gain des contractants est supérieur lorsqu'ils maximisent leurs objectifs respectifs *en tenant compte de la collectivité*. Le «quelque chose de plus» sous-entendu ici se traduit par l'argument du bien commun.

L'argument du bien commun marque une rupture d'avec le technocratisme dont la culmination est l'avènement de la société totalement administrée. M. Weber voyait là une source de désenchantement : le fait politique, social et culturel est évacué, le débat public présente peu d'intérêt parce qu'il est une perte de temps, et la durée, le global et le complexe ne constituent pas des préoccupations. Le bien commun vient remplir ce vide désenchantant. Il le fait en se positionnant comme arbitre ou régulateur des intérêts contradictoires ou simplement différents. Il implique de penser simultanément le micro et le macroscopique, de répondre au court terme des besoins immédiats mais aussi au long terme de l'histoire. Bref, il s'agit *de relier*

128. C. Vadcar, «Relations Nord-Sud : Vers un droit international du partenariat?» [1995] J.D.I. 599.

129. K. J. Arrow, *Social Choice and Individual Values*, 2^e éd., New York, Wiley & Sons, 1963.

*tout en distinguant, au lieu de constamment disjoindre et de réduire.*¹³⁰ Dans ce contexte, le bien commun appelle à une réflexion constante sur les contraintes qui font obstacle au bien-être, ainsi que sur les facteurs qui contribuent à les faire naître.

L'argument est également à contre-sens avec le pan-économisme. Dans sa variante libérale, cette approche est fortement associée à la thèse d'A. Smith suivant laquelle les intérêts économiques sont le meilleur antidote à la violence et au dogmatisme. Tout se passe comme si ces intérêts individuels ou nationaux, fondés sur l'utilité et initialement conflictuels, allaient s'apaiser dans un modèle institutionnel précis, celui du marché. Le pan-économisme est conforté par le paradigme puissant des anticipations rationnelles. Ce paradigme postule que toute mesure ou norme autre que purement économique sera éventuellement vaine : les agents économiques utiliseront la totalité des connaissances dont ils disposent pour en contourner les effets. Il en résulte un savoir expert qui accrédite l'inclination à penser que l'économie a toujours raison. Sur ce point, le bien commun procède à une relativisation et à une fragmentation. Pour reprendre les mots de P. Ricoeur, il faut garder fermement à l'esprit qu'à l'égard des questions fondamentales, «les experts n'en savent pas plus que chacun d'entre nous».¹³¹ C'est donc dire que le bien commun réhabilite la valeur du fait politique, social et culturel dans l'élaboration du *modus vivendi* évoqué précédemment.

iii) la pensée complexe : l'argument du «monde»

En plus d'insister sur le relationnalisme et le bien commun, le discours véhiculant le droit uniforme doit permettre à chaque monde donné de parler, de dire en quoi consiste son contexte existentiel.¹³² Présentement, cette possibilité de se faire entendre est très réduite : dans la pensée simplificatrice, un

130. Voir E. Morin, «Pour une réforme de la pensée», *Le Courrier de l'UNESCO* (février 1996) 10.

131. Citation de J.-M. Denis dans «L'ère du mépris», *Le Monde*, (9 décembre 1995).

132. L'étude récente de E.R. Carrasco, intitulée «Law, Hierarchy, and Vulnerable groups in Latin America : Towards a Communal Model of Development in a Neoliberal World» est une excellente illustration des propos que je tiens ici. Elle est publiée à (1994) 30 *Stan. J. Int'l L.* 221.

universalisme formaliste, abstrait et réducteur tend à s'imposer, contraignant au silence les multiples sites humains dans lesquels le droit uniforme est appelé à être présent ou l'est déjà. Suivant la conception culturelle, ce mutisme est inacceptable puisque les mondes jouent un rôle fondamental dans l'effort commun de construction du bien qu'elle prône. Tout monde doit pouvoir présenter son argument. Comment? La pensée complexe, telle que je l'ai conceptualisée, invite à approfondir le socle mental du droit uniforme dans chacun des mondes. Les quatre principes de la complexité sont autant de pistes à débayer afin de comprendre ce que le droit uniforme *signifie*, dans toute la largesse du terme, au sein d'un monde : c'est ce tissu de significations qui sera constitutif de l'argument visé.

À prime abord, le passage d'un argument de convergence juridique à un autre fondé sur une appartenance diverse requiert une vision particulière de la matière même du droit uniforme. Cette matière, elle est essentiellement interactionniste.¹³³ Sur le fond, elle se forme, se transforme, mûrit; dans le temps, elle se partage en continuités et en discontinuités. Son interdépendance avec l'ensemble des matières est générale : tous les phénomènes juridiques dépendent, à quelque degré, des autres phénomènes sociaux et naturels. Il n'est donc pas possible de simplifier la réalité du droit uniforme en se privant d'observer quelle est sa vie en société. Au contraire, toute observation en ce sens trouve sa pertinence en temps et lieu. En effet, même les phénomènes en apparence distants, sans rapports ou inactifs contribueront souvent à la genèse encore imperceptible d'éléments nouveaux à l'intérieur du droit uniforme. Il s'agit donc d'un travail sur une matière beaucoup plus éclatée que fermée auquel convie la pensée complexe.

Au moins trois éléments devraient apparaître à travers le tissu de significations constitutif de l'argument d'un monde. Le premier est relatif à l'innovation: il s'agira de déterminer comment le droit uniforme amène ou peut amener un monde à déroger à la routine, à la tradition, ou plutôt à les consolider davantage. Le second élément relève de la diffusion. Pour le mettre en relief, l'observation doit porter sur les transferts de significations du droit uniforme d'un monde à un autre, mais aussi sur l'utilisation qui en est faite et les

133. V. Gessner, «Global Legal Interaction and Legal Cultures» (1994) 7 Ratio Juris 132.

déformations qui en résultent. En parallèle, la diffusion devrait montrer en quoi ces processus freine, accélère ou amplifie les effets de l'innovation. Quant au dernier élément, il tend vers l'objectif social poursuivi par un monde et auquel participe, directement ou indirectement, le droit uniforme. Cet objectif peut en être un de bien-être, constituer un idéal de modernisation... Au terme de cette trilogie, l'intelligibilité d'un monde pourra plus certainement qu'aujourd'hui être à portée de main.

b) le contexte de justification

Répondre aux besoins du commerce international et favoriser le développement du commerce international, qui constituent les deux fondements du contexte de justification du droit uniforme actuellement dominant, ne peuvent plus jouer le rôle de considérations ultimes à l'aube desquelles le contexte de découverte s'anime. La pensée finaliste requise par la conception culturelle invite à aller chercher à un niveau supérieur les éléments qui sauront véritablement permettre au droit uniforme de se déployer conformément au *modus vivendi* pluraliste et basé sur la communication que j'ai identifié précédemment. Ce déploiement apparaît nécessaire puisque dans une perspective finaliste, le bien-fondé de la commercialité au coeur du droit uniforme devient lié à la consolidation qu'elle procure à la pierre angulaire normative fondée sur l'épanouissement et la solidarité. Dans l'immédiat, le modèle rawlsien offre une piste prometteuse d'univers normatif à partir duquel ce déploiement pourrait se réaliser.¹³⁴

À la base de ce modèle repose une préoccupation fondamentale: comment faire coexister des visions différentes du monde? Cela serait possible par l'entremise du consensus par recoupement, dont les interactions finiront par procurer les moyens et les règles d'une indispensable coopération. La viabilité de la coexistence ne dépend pas d'un engagement moral, philosophique ou culturel profond de tous. Le modèle rawlsien est modeste à cet égard. Cependant, il appelle fondamentalement à un principe d'équité que tous peuvent partager, un principe qui matérialiserait le critère de l'ajustement de Goodman. L'équité correspond à un état d'esprit dynamique qui suppose une prise de

134. J. Rawls, *A Theory of Justice*, Cambridge, Harvard U. P., 1971.

conscience de l'auto-limitation nécessaire et volontaire de son bonheur et de son intérêt.

Plus particulièrement, cet état d'esprit sera le fait de personnes qui ne cherchent pas seulement à maximiser leurs avantages immédiats, mais qui seront également capables de placer leurs intérêts et ceux des autres en prospective. Cela met en relief la nécessité de respecter la liberté d'autrui, car c'est dans cette logique de réciprocité que les intérêts de chacun seront le mieux assurés. La liberté des partenaires va de pair avec leur égalité. Dans le modèle rawlsien, l'égalité est fondée sur un voile d'ignorance relativement à la position de chacun, quant à ses capacités et ses talents, dans la société. Encore là, la logique de réciprocité signifie que chacun a avantage à considérer autrui comme son égal, qui peut donc prétendre aux mêmes droits que lui.

Globalement, le consensus par recoupement traduit une vision optimiste du monde, une vision où l'enchantement est encore plausible en raison des nouvelles possibilités de rapports sociaux qu'il laisse poindre à l'horizon.¹³⁵ C'est en se rattachant à ce genre d'univers normatif constructif que le droit uniforme est susceptible de se justifier sur les plans moral, politique, social... En d'autres mots, d'établir et de maintenir sa légitimité.

CONCLUSION

Au terme de cette analyse, quel avenir peut-on présager pour la bonne foi? La question se pose d'abord relativement à l'expression formelle de «la bonne foi». Dans la nouvelle représentation du droit uniforme, j'ai enlevé *l'argument de la bonne foi* au profit d'appellations qui cadrent mieux avec les changements proposés. Cependant, il convient de rappeler que, conformément au triptyque appliqué en l'espèce, il ne s'agit là que de la surface ou du premier plan du droit uniforme: à ce niveau, l'important consiste à trouver les «costumes» les plus adéquats eu égard à la clarté et à l'attrait du discours juridique. Or, en cette matière, plusieurs facteurs entrent en jeu. Dans ce cas-ci,

135. Le caractère optimiste de cette vision se rapproche de celui présent dans la philosophie de J. Habermas. Voir, notamment, *Moral Consciousness and Communicative Action*, Cambridge, MIT Press, 1990; et *The Theory of Communicative Action*, Boston, Beacon, 1984.

l'histoire et la tradition sont particulièrement significatifs. Pour l'instant, ils continuent de favoriser grandement la persistance dans l'utilisation des mots «bonne foi» en tant que moyen d'expression et de persuasion.

Mais quoiqu'il arrive du costume de la bonne foi, la problématique et l'enjeu sous-entendus par le fond de la question sont les suivants. Le sens des différents arguments constitutifs du droit uniforme n'est pas fixe, brut, déterminé à l'avance et extérieur à notre esprit de telle sorte que nous n'aurions qu'à aller le cueillir dans ces *données de l'expérience immédiate* que sont la loi, la jurisprudence et la doctrine juridique. Ce sens, comme tout sens, est plutôt le produit, en constante mouvance, d'une élaboration intellectuelle ou, tout simplement, d'une expérience mentale qui ne connaît pas de frontières. En clair, le sens est fait, construit, compris, et non cueilli tel qu'il est déjà quelque part. Mais pour qu'il soit fait, construit ou compris pleinement, nous devons voir à nous dégager de l'emprise concrète de ces données de l'expérience immédiate du juriste au profit de l'éclectisme et de *l'ajustement*. Pour les fins de ma contribution, c'est la méthode de Koskenniemi, accolée à la conception culturelle du bien, qui aura facilité ce dégagement. Celui-ci préfigure quel genre d'avenir, sur le plan des principes de pensée, attend la bonne foi dans la mesure où l'expression demeure présente: un avenir *fait* de pensées dialectique, systémique, complexe et finaliste.

Pour avoir encore une meilleure idée de ce futur, l'analyse du droit uniforme et de la bonne foi, devra éventuellement aborder le volet normatif du sens.¹³⁶ Ce volet est en effet tout aussi vital que celui sur les principes de pensée. Il devrait permettre d'accéder à des ensembles normatifs étendus, tel le libéralisme. À son tour, cet accès devrait favoriser, en rapport avec la conception culturelle, le développement d'un point de vue critique et créatif sur les liens entre le projet universaliste de la raison libérale qu'est la mondialisation et le

136. Quelques études pointent dans cette direction, dont celles-ci : A.H. Kastely, «Unification and Community: A Rhetorical Analysis of the United Nations Sales Convention» (1988) 8 Nw. J. Int'l L. Rev. 574; E. H. Patterson, «The United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods: Unification and the Tension between Compromise and Domination» (1986) 22 Stan. J. Int'l L. 263. Pour un exemple relatif aux Principes d'UNIDROIT, voir H. Veytia, «The Requirement of Justice and Equity in Contracts» (1995) 69 Tul L. Rev. 1191.

droit uniforme.¹³⁷ Nous ne pouvons nous contenter d'affirmer que le droit uniforme reflète les valeurs libérales ou d'autres et de fournir quelques indications, sans plus. Le sens, devrions-nous maintenant en être convaincus, est davantage qu'un simple reflet: c'est une affaire de profondeur, d'enracinement. D'ailleurs, contrairement aux apparences, la théorie libérale internationale est loin d'être achevée. D'aucuns estiment qu'elle doit mûrir encore passablement¹³⁸ afin de gagner ou de consolider sa crédibilité, selon les opinions. Ce serait donc un leurre de penser qu'il suffit de référer mécaniquement au libéralisme pour procurer au droit uniforme l'assise normative dont il a besoin, quand celle-ci est elle-même en mouvement. En somme, il reste beaucoup de place, sinon un champ très vaste, pour une étude et une réflexion nécessaires.

-
137. Pour quelques études, voir R.O. Keohane, «International Liberalism Reconsidered» dans J. Dunn, dir., *The Economics Limits of Politics*, Cambridge, Cambridge U. P., 1989, 165; A. Moravcsik, «Liberalism and International Relations Theory», Working Paper, Center of International Affairs, Harvard University; D. Kennedy, «Receiving the International» (1994) 10 Conn. J. Int'l L. 1.
138. M. W. Zacher et R. A. Matthew, «Liberal International Theory: Common Threads, Divergent Strands» dans C. W. Kegley, dir., *Controversies in International Relations Theory: Realism and the Neoliberal Challenge*, New York, St. Martins's, 1995 à la p. 107; aussi, K. Cowling, R. Sugden, *Beyond Capitalism: Towards a New World Economic Order*, New York, St. Martin's Press, 1994.

RDUS

Revue de DROIT
UNIVERSITÉ DE SHERBROOKE

Titre : LE RÔLE DE LA BONNE FOI DANS L'ÉLABORATION DE LA THÉORIE
DU CONTRAT

Auteur(s) : Élise M. CHARPENTIER

Revue : RDUS, 1995-1996, volume 26, numéro 2

Pages : 299-320

ISSN : 0317-9656

Éditeur : Université de Sherbrooke. Faculté de droit.

URI : <http://hdl.handle.net/11143/12869>

DOI : <https://doi.org/10.17118/11143/12869>

Page vide laissée intentionnellement.

LE RÔLE DE LA BONNE FOI DANS L'ÉLABORATION DE LA THÉORIE DU CONTRAT*

par Élise M. CHARPENTIER**

SOMMAIRE

Introduction	301
Section I	
La bonne foi dans l'Antiquité romaine	302
Paragraphe I	
La notion de bonne foi	302
Paragraphe II	
Le rôle de la bonne foi	306
Section II	
La bonne foi dans l'Ancien droit	311
Paragraphe I	
L'apport des philosophes, des théologiens et des canonistes	311
Paragraphe II	
Le rôle de la bonne foi	315
Conclusion	318

1. Ce texte est issu d'une communication au Colloque de réflexion en droit civil, *La bonne foi : rôle et exigences*, tenu à l'Université du Québec à Montréal, le 31 octobre 1996. Pour les fins de sa publication, y ont simplement été ajoutées quelques notes infrapaginales relatives aux sources et à la bibliographie. Nous tenons à remercier les professeurs Paul-André Crépeau et Nicholas Kasirer de la Faculté de droit de l'Université McGill ainsi que M^{me} France Allard du Centre de recherche en droit privé et comparé du Québec qui ont bien voulu nous livrer leurs observations.
2. Avocate et chercheure au Centre de recherche en droit privé et comparé du Québec de l'Université McGill.

Introduction

Avec l'adoption des articles 6 et 1375 du *Code civil du Québec*, la notion de bonne foi devient un objet de réflexion. Pourtant cette notion n'est pas nouvelle, on dit même qu'elle est l'une des notions fondamentales du droit civil.¹ Afin d'en cerner le sens et de déterminer le rôle qu'elle peut être appelée à jouer, il nous a semblé qu'un retour historique pourrait s'avérer éclairant.

Le rôle de la bonne foi peut être envisagé non seulement de façon immédiate, à l'égard d'un problème juridique particulier, mais également de façon plus globale en abordant son influence sur notre théorie du contrat. L'analyse de la notion de bonne foi dans une perspective historique nous permet de comprendre son rôle, d'abord dans la conceptualisation du contrat tel que nous le concevons aujourd'hui, puis comme élément de relativisation de cette conception du contrat.

Il convient d'abord de déterminer les transformations du droit qui ont eu le plus d'influence sur notre théorie du contrat. Chronologiquement, on voit que la bonne foi joua un rôle lors du passage du droit romain archaïque au droit romain classique, qui marque une profonde transformation du droit. Puis, on trouve, dans l'Ancien droit, une théorie du contrat imprégnée par la bonne foi. Ce n'est qu'avec l'individualisme ayant inspiré la théorie de l'autonomie de la volonté et influencé l'interprétation du Code civil que l'importance de la bonne foi diminue.

La bonne foi, comme symbole de l'évolution du droit, est particulièrement intéressante lorsqu'elle est mise en rapport avec une conception formelle du contrat,² ou encore, lorsqu'elle contribue à l'édification d'une théorie

1. Voir *Commentaires du ministre de la Justice*, t. 1, Québec, Les publications du Québec, 1993, sous l'art. 1375.

2. Le formalisme peut être défini comme une «conception purement formelle de la justice» (voir A.-J. Arnaud dir., *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, Paris-Bruxelles, LGDJ-Story-Scienta, 1988, sous «Formalisme juridique» à la p. 163). C'est bien là ce qui caractérise tant la conception romaine du contrat que celle qui découle de la théorie de l'autonomie de la volonté. Sur le formalisme en matière contractuelle voir J. Flour, «Quelques remarques sur l'évolution du formalisme» dans *Mélanges Ripert*, t. 2, Paris, L.G.D.J., 1950, 93; Y. Jeanelos, «Formalisme et consensualisme : la sempiternelle querelle

du contrat empreinte de relativité. Nous verrons que la bonne foi est la source des principes du droit romain, qui ont contribué à la définition du contrat tel que nous le concevons aujourd'hui (section I), et que la bonne foi a inspiré les grandes règles applicables au contrat qui ont été élaborées dans l'Ancien droit (section II). À partir de ces constats, il est possible de montrer que la bonne foi a contribué à édifier une théorie du contrat remettant en question le formalisme juridique et qu'en articulant la théorie du contrat à partir d'une conception formelle du droit, comme c'est le cas avec l'autonomie de la volonté, on ne laisse que peu de place à la notion de bonne foi.

Section I La bonne foi dans l'Antiquité romaine

L'évolution du droit romain en matière contractuelle reflète bien l'évolution de la société romaine. D'un droit formaliste dont une société agraire et plutôt fermée pouvait très bien s'accommoder, on est passé à un droit beaucoup plus flexible, mieux adapté à une société où les rapports marchands se multiplient. La transformation du droit contractuel romain coïncide avec la prise en compte par le droit de la notion de bonne foi qui, jusque là, avait plutôt un caractère moral ou religieux. C'est à partir de la notion de bonne foi et des conditions ayant conduit à lui donner un rôle au niveau du droit qu'on peut déterminer son influence à Rome.

Délaissant le formalisme, le droit romain a peu à peu reconnu la bonne foi comme source de certaines obligations. Voyons d'abord comment les romains ont conçu la *notion* de bonne foi, puis quel était le *rôle* que celle-ci jouait en matière contractuelle.

du droit des contrats» dans *Hommages à G. Boulvert*, Nice, Service d'édition scientifique - Université de Nice, 1987, 333.

Paragraphe I La notion de bonne foi

Aux origines de la notion de bonne foi, on trouve la déesse *Fides*, qui constitue la «[p]ersonnification de la bonne foi qui doit présider aux conventions publiques des peuples et aux transactions privées entre individus».³ Les représentations de *Fides* qu'on trouve sur la monnaie, la montre debout, «amplement drapée, la tête couverte d'un voile; dans ses mains elle tient des épis, une corbeille de fruits, des pavots, une image de la Victoire, un globe surmonté d'un phénix».⁴ Cette figure est parfois remplacée par le symbole des mains jointes⁵ car, «l'engagement placé sous la protection de la déesse *Fides* se traduira habituellement par la remise de la main droite dans la main droite de celui à qui l'on se confie [...]».⁶ La bonne foi symbolise une vertu : la loyauté.⁷ Le professeur Villey estime qu'elle découle de la morale stoïcienne, tout comme la *pietas* et l'*humanitas*.⁸

-
3. J.-A. Hild, «Fides» dans C. Daremberg et E. Saglio, *Dictionnaire des antiquités grecques et romaines*, t. 2, Paris, Hachette, 1896 à la p. 1115, voir aussi, R. Schilling, *La religion romaine de Vénus depuis les origines jusqu'à l'époque augustéenne*, Paris, De Brocard, 1982 à la p. 53.
 4. J.-A. Hild, *ibid.* à la p. 1147; voir, plus généralement, sur les rapports entre le droit et ses représentations N. Kasirer, «*Larger Than Life. A Review Essay of Broken Tablets* [:] The Cult of Law in French Art from David to Delacroix by J. Ribner», [1995] C.J.L.S. 185.
 5. A. Piganol, «Fides et mains de bronze» dans *Droits de l'antiquité et sociologie juridique, Mélanges H. Lévy-Bruhl*, Paris, Sirey, 1959, 471 à la p. 473 («[l]e symbole des mains jointes apparaît sur les monnaies romaines l'année même de la mort de César et connaît une vogue singulière durant la guerre civile, pour signifier la *Fides*»); voir aussi J.-A. Hild, *supra* note 3 à la p. 1116.
 6. J. Imbert, «De la sociologie du droit : la "fides" romaine» dans *Droits de l'antiquité et sociologie juridique : Mélanges Henri Lévy-Bruhl*, Paris, Sirey, 1959, 407 à la p. 408; voir aussi, R. Von Ihering, *L'esprit du droit romain*, t. 4, Paris, Marescq, Aîné, 1889 aux pp. 260-261: «La main est la plus importante des parties du corps : elle occupe la première place après l'organe qui doit agir dans tout acte juridique, la langue, et ainsi que nous l'avons fait remarquer plus haut, elle se trouve avec lui dans la plus étroite relation. Si la langue annonce la résolution, la main l'exécute; elle est bien véritablement l'organe de la volonté, et, au point de vue de la conception naturelle et sensible, agir et remuer la main sont une seule et même chose».
 7. Voir G. Freyburger, *Fides - Étude sémantique et religieuse*, Paris, Les Belles Lettres, 1986 aux pp. 230-232.
 8. Voir M. Villey, *La formation de la pensée juridique moderne : Cours d'histoire de la philosophie du droit*, Paris, Montchrétien, 1975 à la p. 66.

La légende attribue à Numa l'intronisation de *Fides*.⁹ Cette déesse veillait sur les rapports entre les hommes et les dieux. Dès l'origine, elle joue un rôle régulateur. Certains auteurs estiment même qu'elle est «d'essence juridique», que «le culte de *Fides* établit le rapport des hommes et des dieux sur le plan juridique du respect des engagements».¹⁰ On pourrait également faire un parallèle entre la prière à *Fides* et la formation du contrat, puisque la prière «énonce, de façon expresse, la contrepartie proposée en échange de la demande, [...] elle engage l'homme et la divinité, comme si les parties étaient à égalité [...]».¹¹

Le sens du terme *fides* a soulevé de nombreuses controverses. G. Freyburger retient principalement cinq étymologies pour ce terme, soit : 1. un lien contraignant; 2. un assujettissement ou un pouvoir discrétionnaire; 3. une renonciation; 4. une chose à laquelle l'on peut se fier, une garantie, la solvabilité; 5. la confiance.¹² À ces étymologies, ajoutons celle que nous fournit Cicéron : il considère que la *fides* correspond à *fiat*, que soit fait, et à *dictum*, ce qui a été dit.¹³ C'est pourquoi il estime que la bonne foi est le fondement de la justice.¹⁴

À l'origine, la bonne foi a joué un rôle dans des situations où les personnes qui y sont soumises ne sont pas égales, l'une étant dépendante de l'autre.¹⁵ Certains, analysant la place de celle-ci dans le cadre des relations existant entre ces personnes, comme le patron avec le client ou l'affranchi, ont surtout eu recours au concept d'assujettissement pour définir la bonne foi.¹⁶ Ne pouvant ignorer le rôle de la *fides* entre personnes égales, ils estiment toutefois que la bonne foi a signifié, tardivement, la confiance, du moins en droit privé.¹⁷

9. Voir R. Verdier, «Le mythe de la genèse du droit dans la Rome légendaire», (1975) 187 *Revue de l'histoire des religions* 3; R. Schilling, *supra* note 3 à la p. 53.

10. R. Schilling, *ibid.* aux pp. 53 et 58.

11. *Ibid.* aux pp. 54-55.

12. Voir G. Freyburger, *supra* note 7.

13. Cicéron, *Les devoirs*, Paris, Les Belles Lettres, 1965, I, VII.

14. *Ibid.*

15. Voir M. Lemosse, «L'aspect primitif de la fides», *Études romanistiques*, [1990] *Annales de la faculté de droit et de science politique de l'Université d'Auvergne*, 61.

16. Voir J. Paoli, «Quelques observations sur la *fides*, l'*imperium* et leurs rapports» dans *Aequitas und bona fides (Mélanges A. Simonius)*, Basel, Verlag Helbing & Lichtenhahn, 1955, 273 à la p. 274; M. Lemosse, *ibid.* à la p. 42; J. Imbert, *supra* note 6 à la p. 407.

17. Voir Paoli, *ibid.* à la p. 274.

Toutefois, même lorsqu'elle apparaît dans des situations où les parties ne sont pas égales, la bonne foi peut être conçue autrement qu'à partir de l'assujettissement. La personne en état d'infériorité ne s'en remet-elle pas à la bonne foi d'un créancier? L'obligation qu'a le créancier d'agir selon les exigences de la bonne foi n'est-elle pas le facteur qui explique que le plus faible se place en position de dépendance?

L'idée de confiance paraît faire partie de l'essence la bonne foi. C'est en ce sens que la *fides* nous intéresse particulièrement. Il ne semble pas y avoir d'obstacle à la reconnaissance de la *fides* comme notion incluant non seulement la confiance que l'on donne, mais également la confiance que l'on obtient, c'est-à-dire le crédit, car c'est ainsi comprise que la *fides* joua un rôle en matière contractuelle.¹⁸

À l'origine, la *fides* comprend donc des aspects religieux, moraux et sociaux. Elle n'est pas d'abord un concept juridique. Néanmoins, on ne peut sous-estimer son influence sur les relations entre citoyens, comme le professeur Imbert n'a pas manqué de le souligner : «[...] aucune action de la loi ne sanctionne la *fides* en tant que telle, et, dans la mesure où le lien issu de la *fides* est l'objet de réglementation, c'est par référence aux habitudes sociales [...]».¹⁹ L'opinion publique et les mœurs assurent alors le respect de la bonne foi.

La *fides* commence à jouer un rôle direct en droit vers le dernier siècle avant Jésus Christ. Elle est alors qualifiée de *bona fides*. Le sens de la *fides* marque alors la confiance, la loyauté. Il ne reste plus rien de l'idée d'assujettissement, à laquelle elle aurait peut-être primitivement renvoyée, car on ne peut, à cette époque, définir la *fides* à partir de l'idée d'assujettissement étant donné que la création de liens de puissance entre citoyens politiquement

18. Voir G. Freyburger, *supra* note 7 aux pp. 37-59; M. Lemosse, *supra* note 15 à la p. 51 et É. Benveniste, *Le vocabulaire des institutions indo-européennes*, t. 1, Paris, Minuit, 1969 aux pp. 117-121.

19. J. Imbert, *supra* note 6 à la p. 411; voir aussi J. Zaksas, *Les transformations du contrat et leur loi : Essai sur la vie du contrat en tant qu'institution juridique*, Paris, Sirey, 1939 à la p. 35.

égaux n'est plus tolérée.²⁰ La bonne foi marque donc surtout «[...] une "société de vie", en impliquant parité des conditions, égalité entre ses ressortissants».²¹

Paragraphe II Le rôle de la bonne foi

Pour comprendre le rôle que la bonne foi a joué en droit romain, il faut d'abord cerner le contexte dans lequel elle a émergé. À cet égard, il convient de souligner que le droit romain est demeuré, malgré d'importants tempéraments, un droit essentiellement formaliste.²² En effet, bien que le droit romain ait admis certains contrats non-formels, ceux-ci furent toujours considérés comme des exceptions qui n'étaient reconnues par le droit que dans la mesure où la

20. Voir M. Lemosse, *supra* note 15 à la p. 71.

21. J. Paoli, *supra* note 16 à la p. 274.

22. Parmi les contrats qu'on qualifie de formels sont regroupés tant les contrats issus du droit archaïque, c'est-à-dire, le *nexum*, la *mancipatio*, que ceux qui ont émergé à l'époque classique. On trouve des références aux premiers contrats dans la Loi des XII Tables (vers 450 av. J.-C., voir M. Humbert, *Institutions politiques et sociales de l'Antiquité*, 3^e éd., Paris, Dalloz, 1989 aux pp. 256-261), il s'agit du *nexum* et de la *mancipatio*. Ils sont décrits par la disposition suivante : «Lorsqu'on prêtera par la balance et lorsqu'on vendra par la mancipation, que la déclaration exprimée ait l'autorité d'un jugement» (texte de la Loi des XII Tables, VI, 1, «Cum nexum faciet mancipiumque, uti lingua nuncupassit, ita ius esto»). Voir J. Ortolan, *Histoire de la législation romaine depuis son origine jusqu'à la législation moderne*, Paris, Plon, 1884 à la p. 110). Pour une description de la *mancipatio* et du *nexum*, voir G. Cornil, *Droit romain*, Bruxelles, Imprimerie médicale et scientifique, 1921; G. Cornil, *Ancien droit romain*, Paris, Sirey, 1930; P.-F. Girard, *Manuel élémentaire de droit romain*, Paris, Librairie Arthur Rousseau, 1929; P. Huvelin, *Cours élémentaire de droit romain, Les obligations*, t. 2, Paris, Sirey, 1929; G. Lepointe et R. Monier, *Les obligations en droit romain et dans l'ancien droit français*, Paris, Sirey, 1954; H. Lévy-Bruhl, *Quelques problèmes du très ancien droit romain*, Paris, Domat-Montchrestien, 1934; du même auteur, *Nouvelles études sur le très ancien droit romain*, Paris, Sirey, 1947; A. Magdelain, «L'acte juridique au cours de l'ancien droit romain» dans *Ius, Imperium, Auctoritas*, Rome, École française de Rome, 1990, 713; R. Monier, *Manuel élémentaire du droit romain*, t. 2, Paris, Montchrestien, 1947; P. Noailles, *Fas et Jus - Études de droit romain*, Paris, Les Belles Lettres, 1948; P. Ourliac et J. de Malafosse, *Histoire du droit privé, Les obligations*, t. 1, Paris, PUF, 1969. On trouve, en droit classique, quatre sources de l'obligation «[...] aut enim re contrahitur obligatio, aut uerbis aut litteris aut consensu» («[...] l'obligation se contracte par prestation, verbalement, par écrit ou par consentement mutuel». Gaius, *Institutes*, trad. par J. Reinach, Paris, Les Belles Lettres, 1979, III, 89 à la p. 108). À ces quatre sources de l'obligation, correspondent les quatre catégories de contrat, soit les trois contrats formels, *verbis*, *re*, *litteris*, et le contrat par consentement mutuel. Pour une description de ces contrats, voir les ouvrages ci-avant cités.

bonne foi l'exigeait. La force obligatoire du contrat était donc fondée d'abord sur le respect de certaines formes. Ainsi, bien que la volonté ait nécessairement joué un rôle dans la formation du contrat, elle n'en fut jamais le fondement.²³

On ne saurait ignorer les avantages du formalisme, ni non plus ses travers. La forme a, dans une certaine mesure, un caractère dangereux, puisqu'elle exige un respect scrupuleux de ses exigences. Elle a donc souvent pour effet de sanctionner la partie la plus faible, en raison de son ignorance, son inattention, sa maladresse ou sa légèreté.²⁴ De plus, la forme a un caractère incommode. La volonté est incapable de donner naissance à un contrat. Pour y arriver, il faudra, par exemple, que les parties soient nécessairement en présence l'une de l'autre, qu'un *libripens* soit disponible, que le bon nombre de témoins soit réuni, ou encore que les mots prescrits soient prononcés exactement.²⁵

Ces inconvénients nous renseignent sur les origines des contrats de bonne foi. En effet, lorsque les parties ne respectent pas les formalités prescrites, le contrat est sans effet juridique : «[s]on effet dépend entièrement du bon vouloir de l'obligé, de sa crainte de l'opinion publique, de sa conscience, de sa loyauté, de sa véracité, bref de sa *bona fides*.»²⁶

Le processus qui a conduit à la reconnaissance des contrats de bonne foi est intimement lié à l'évolution de la procédure romaine. Or, l'évolution de la procédure romaine est à la source de l'évolution du droit romain.²⁷ Le

23. En effet, même dans le cadre d'un droit formaliste, où le contrat ne se forme que si certaines formalités sont respectées, la volonté joue toujours un rôle, car c'est parce que les parties veulent être obligées qu'elles accomplissent les formalités. Voir R. Von Ihering, *supra* note 6 à la p. 165.

24. Voir *ibid.* à la p. 173.

25. Voir *ibid.* à la p. 179.

26. *Ibid.* à la p. 181.

27. La procédure et le droit sont difficilement dissociables à Rome. Les romains n'ont d'abord connu que les *actions de la loi*, puis le rôle du préteur s'affirmant, ils sont passés à la procédure formulaire. La procédure archaïque des *actions de la loi* se caractérisait par l'emploi de formules orales (voir M. Villey, *Le droit romain*, Paris, PUF, 1987 aux pp. 13-20). Le préteur ne donnait une action que si une formule correspondait exactement au droit qu'on voulait faire sanctionner. La moindre erreur dans le choix de la formule ou lors de sa prononciation entraînait la perte du procès (voir R. Von Ihering, *supra* note 6 à la p.

formalisme, dont la société archaïque a très bien pu se satisfaire, est devenu insuffisant, avec la multiplication des échanges et la constitution de l'empire. La reconnaissance de certains contrats de bonne foi est donc devenue nécessaire : «[l]e système des conventions basées sur la *bona fides*, dans le sens romain antique, c'est-à-dire du commerce juridique exclusivement fondé sur la loyauté et la confiance, est un produit et un complément du formalisme».²⁸ C'est, en effet, l'émergence et l'utilisation généralisée de contrats sans forme qui ont amené le préteur à les sanctionner, en se fondant sur la bonne foi, car la notion de *fides*, au sens moral, ne suffisait plus à protéger le créancier.²⁹ Le rôle de la bonne foi en droit romain reflète ainsi le souci du préteur de trouver des solutions justes et de respecter, dans une certaine mesure, l'équité.³⁰

À l'époque classique, le préteur introduit de nouvelles actions fondées sur la bonne foi.³¹ Les contrats de bonne foi sont des contrats sans forme, «l'exigence de la poignée de mains (siège de la *fides*) ayant sans doute disparu

325). Les injustices résultant de cette rigidité alliées à l'affluence d'étrangers, à la suite des conquêtes, contribua à l'évolution de la procédure.

28. R. Von Ihering, *supra* note 6 à la p. 181.

29. Voir J. Imbert, *supra* note 6 à la p. 412 : «[...] telle qu'elle était conçue dans l'ancien droit, la *fides* (abandon, confiance témoignée à autrui) présentait un inconvénient grave : le *creditor* risquait de ne jamais voir honorer sa créance; la *fides* surgissait alors sous son aspect odieux, aux dépens du *creditor* trop confiant. Le préteur a eu l'audace d'introduire dans le domaine juridique l'obligation du respect de la conception généreuse de la *fides* : la *bona fides*».

30. Certaines mécanismes avaient également pour but de corriger les injustices qui pouvaient résulter des actes solennels et abstraits comme la *stipulatio* (il s'agit de la *querela non numeratae pecuniae* et des *condictiones sine causa et indebiti*, pour plus de détails, voir P.-F. Girard, *supra* note 22 aux pp. 648-656). Voir aussi nos remarques sur la cause, *infra* note 36.

31. Déjà, vers l'an 125 avant Jésus Christ, la loi *Aebutia* donna au préteur le pouvoir d'intervenir dans des situations nouvelles et même de refuser des actions jusque là reconnues. Dans un premier temps, les formules étaient passées de la forme verbale à la forme écrite : c'est ce qu'on a appelé la procédure formulaire. À l'origine, seule la forme de la procédure avait subi une transformation, mais celle-ci ouvrit la voie à la reconnaissance de nouvelles formules. D'abord, via l'insertion de fictions ou d'exceptions dans les formules déjà reconnues (par exemple, on ajoutait «si ce plaideur était un citoyen» pour que les étrangers jouissent des mêmes droits que les romains» ou «à moins qu'il n'y ait eu un dol du créancier» afin que le débiteur ne soit pas obligé malgré la formation d'un contrat valide), puis par la création des actions de bonne foi.

avec l'affaiblissement du sentiment religieux». ³² Le rôle de la bonne foi est limité. Elle ne joue qu'à l'égard des contrats de vente, de louage, du mandat, de la société et de certains contrats réels. ³³ La bonne foi devient néanmoins une source du droit : le rôle du préteur dans l'évolution du droit romain ne se limite donc pas à la procédure. ³⁴ Car les actions de bonne foi délivrées par le préteur posent au juge la question de ce qui est dû conformément à la bonne foi («*quidquid dare facere oportet ex fide bona*»). Le juge aura donc «à admettre toutes les conséquences progressivement attachées à cette rédaction, en particulier à sous-entendre les clauses de style et à tenir compte des dols imputables à l'une ou l'autre partie». ³⁵ La bonne foi romaine porte les germes de l'articulation des éléments essentiels du contrat, dans la mesure où elle conduisit le préteur à sanctionner la violence et le dol et à exiger que le contrat ait une cause valable. ³⁶

Dans le but de maintenir l'équilibre entre les contractants, le préteur a reconnu l'interdépendance des obligations, comme par exemple dans la vente, alors que l'obligation de délivrance et l'obligation de payer le prix convenu

32. J. Imbert, *supra* note 6 à la p. 413.

33. Par exemple, le contrat réel de fiducie reposait à l'origine en grande partie sur la confiance, la loyauté qu'inspirait celui en faveur de qui l'on avait aliéné une chose (voir É. Cuq, *Les institutions juridiques des romains envisagés dans leurs rapports avec l'état social et avec les progrès de la jurisprudence*, Paris, Plon, 1891 aux pp. 592-663).

34. Voir R. Von Ihering, *supra* note 6 à la p. 341.

35. P.-F. Girard, *supra* note 22 à la p. 567.

36. On peut, en effet, trouver, en droit romain, des notions qui s'apparentent aux vices du consentement que nous reconnaissons aujourd'hui et à notre notion de cause. Bien que le dol et la violence soient considérés comme des délits, leur sanction n'est pas complètement étrangère à l'exigence du respect de la bonne foi. Ainsi, le dol et la violence ont, en effet, été sanctionnés par le droit romain (voir D., 4, 3; D., 4, 3, 1, 2). L'erreur et la lésion ont également été sanctionnées par le droit romain (voir, *supra* note 22). La cause n'étant pas exprimée ni même essentielle à la création des actes formels, celui qui s'était obligé sans cause était tout de même lié. Ce résultat a été tempéré par des mécanismes qui, bien que n'ayant pas fait de la cause un élément nécessaire à la validité du contrat, ont empêché l'enrichissement injuste de l'une des parties en l'absence de cause (voir H. Capitant, *De la cause des obligations*, Paris, Dalloz, 1923 à la p. 87).

étaient indépendantes en droit archaïque.³⁷ C'est à partir de la notion de la bonne foi que le prêteur a pu donner naissance aux obligations réciproques.³⁸

Dans la mesure où la bonne foi a amené le prêteur à concevoir le contrat comme un tout, où l'obligation de l'une des parties est liée à celle de l'autre, et à reconnaître que certaines ententes devaient être sanctionnées par le droit, on peut dire qu'elle lui a permis de réaliser un certain équilibre contractuel.³⁹

Le droit romain ne définit pas le contrat comme tel, mais il identifie les situations dans lesquelles il intervient. La conception du contrat comme le reflet d'un accord de volonté entre des individus libres est étrangère au droit romain. Le formalisme qui caractérise ce droit est le symbole de la soumission des rapports privés au droit. Dans ce contexte, le droit, par souci d'équité, a néanmoins admis des tempéraments au formalisme. Ainsi, certains comportements répréhensibles rendaient sans effet le contrat respectant par ailleurs les prescriptions de la loi, et certaines obligations devaient être sanctionnées par respect pour la bonne foi.

L'élaboration de techniques originales fait la richesse du droit romain. Les procédés imaginés par les juristes romains ont par la suite été systématisés par les juristes du Moyen Âge. Si, encore aujourd'hui, plusieurs techniques demeurent inchangées, la notion de contrat a, elle, été complètement transformée. Les remarques qui suivent vont tenter de montrer que les juristes du Moyen Âge, comme ceux de l'Antiquité, ont su nuancer les principes qu'ils ont élaborés.

37. Voir P. Meylan, «Le rôle de la *bona fides* dans le passage de la vente au comptant à la vente consensuelle à Rome» dans *Aequitas und bona fides (Mélanges A. Simonius)*, Basel, Verlag Helbing & Lichtenhahn, 1955, 247 à la p. 254.

38. Voir A. Watson, *Legal Origins and Legal Change*, London, The Hambledon Press, 1991 à la p. 171.

39. Voir B. Hermesdorf, «La *fides* dans le droit privé du Code Justinien» dans *Acta Congressus Juridici Internationalis*, Rome, Apud Custodiam Librariam Pont. Intituti Utriusque Iuris, 1935, 161 à la p. 172 et P. Stein, «Equitable Principles in Roman Law» dans *Equity in the World's Legal Systems, A Comparative Study*, Bruxelles, Bruylant, 1973, 75 à la p. 76.

Section II La bonne foi dans l'Ancien droit

La conception de la bonne foi qu'on trouve dans l'Ancien droit, tel que décrite par Domat, reflète l'influence des philosophes, des théologiens et des canonistes (paragraphe II). La synthèse de leurs enseignements et des principes du droit romain a conduit à l'élaboration d'une véritable théorie du contrat (paragraphe I). Dès lors, celui-ci est conçu comme un acte consensuel, et la bonne foi, tout comme l'Équité, l'ordre public et la cause, encadre la volonté des contractants.

En s'appuyant sur le *Digeste* et sur la philosophie aristotélicienne, les penseurs de la scolastique espagnole ont articulé une théorie du contrat qui a fortement influencé la conception du contrat qu'on trouve dans l'Ancien droit.⁴⁰ L'étude de la notion de contrat dans l'Ancien droit, et celle de ses fondements philosophiques et religieux, nous permet de renouer avec les principes fondamentaux ayant servi de base à la codification française et, par là même, à l'édification de la notion de contrat telle que nous la comprenons aujourd'hui. Même si les idées des penseurs du Moyen Âge ne peuvent faire l'objet d'une transposition littérale dans le droit d'aujourd'hui, elles nous permettent néanmoins de comprendre les fondements des règles qui gouvernent encore aujourd'hui le droit des contrats, et d'en retrouver l'essence.

Paragraphe I L'apport des philosophes, des théologiens et des canonistes

Afin de saisir les fondements des profondes transformations de la notion de contrat dans l'Ancien droit, il nous faut identifier les idées qui les ont rendues possibles. Si les juristes romains n'ont jamais admis le consensualisme, celui-ci paraît au contraire essentiel à ceux du Moyen Âge. Ce bouleversement dans la conception du contrat résulte de la synthèse du droit naturel classique, de l'enseignement de l'Église et des solutions romaines. Cette synthèse a permis l'édification de la théorie du contrat qu'on trouve chez les penseurs de la scolastique espagnole. Notre propos se limitera, pour l'essentiel, à l'influence du christianisme sur la notion de contrat. Toutefois, pour bien cerner la notion

40. Voir J. Gordley, *The Philosophical Origins of Modern Contract Doctrine*, Oxford, Clarendon Press, 1991 aux pp. 69-111.

de contrat au Moyen Âge, il nous faut aborder celles de justice distributive et de justice commutative telles qu'elles ont été conçues par Aristote, qui en constitue le fondement.

C'est dans l'*Éthique de Nicomaque* qu'on trouve la doctrine aristotélicienne de la justice. Pour la comprendre, il faut en connaître la première idée : la justice est une vertu qui se manifeste dans les rapports de l'homme à autrui.⁴¹ Cette vertu est l'âme et l'essence du droit, elle s'accomplit par le respect de la loi et de l'égalité.⁴² Elle inspire ce qu'Aristote nomme la justice particulière, celle d'où découle le droit.⁴³ La justice particulière comporte deux aspects complémentaires, la justice distributive et la justice commutative.⁴⁴

L'objet de la justice commutative est le respect de l'équilibre dans les *synallagma*.⁴⁵ Selon M. Villey, ce terme, *synallagma*, renvoie à l'idée de commutation, d'échange.⁴⁶ Les *synallagma* peuvent être involontaires, par exemple le vol et la diffamation, ou volontaires.⁴⁷ Aristote donne les exemples suivants de *synallagma* volontaires : la vente, l'achat, le prêt à intérêt, la caution, la location, le dépôt et le salaire.⁴⁸ La justice commutative a pour fonction de préserver la distribution harmonieuse des biens, d'abord réalisée conformément aux principes de l'égalité proportionnelle de la justice distributive.

41. Voir Aristote, *Éthique de Nicomaque*, Paris, Garnier, 1965 au no 15 à la p. 125.

42. Voir *ibid.* au no 8 à la p. 124; voir aussi M. Villey, «Abrégé du droit naturel classique» dans *Leçons d'histoire de la philosophie du droit*, Paris, Dalloz, 1962, 109 à la p. 116.

43. Voir Aristote, *supra* note 41 au no 12 à la p. 128.

44. Voir M. Villey, *supra* note 42 aux pp. 119-120.

45. Voir M. Villey, «Préface historique à l'étude des notions de contrat», (1968) 12 A.P.D. 1 à la p. 6.

46. *Ibid.*

47. Voir Aristote, *supra* note 41 au no 13 à la p. 128.

48. Ces *synallagma* sont qualifiés de volontaires «[...] parce que leur principe est librement consenti» (Aristote, *supra* note 41 au no 13 à la p. 128). Il ne faudrait toutefois pas surestimer l'importance de la volonté dans ces *synallagma* pour Aristote, puisqu'«[...] il mentionne à peine leur origine volontaire, comme en passant, pour expliquer leur qualificatif de "volontaires"» (C. Despotopoulos, «La notion de *synallagma* chez Aristote», (1968) 12 A.P.D. 115 à la p. 122).

Les notions de justice distributive et commutative, développées par Aristote, ont été reprises par Saint Thomas dans sa théorie du droit naturel.⁴⁹ Il les a décrites en des termes similaires à ceux qu'on trouve chez Aristote.⁵⁰ Ces notions ont également inspiré les penseurs de la scolastique espagnole, qui ont repris les enseignements d'Aristote et de Saint Thomas.⁵¹ Ces influences les ont amenés à concevoir le contrat comme un acte ayant pour finalité de réaliser un acte de bienfaisance, ou un acte de justice commutative. Celui-ci obligerait alors les parties à respecter un certain équilibre et donnerait naissance à des obligations découlant de l'essence et de la nature du contrat.⁵²

L'influence d'Aristote chez Saint Thomas est indéniable, mais son oeuvre ne se limite pas à une interprétation chrétienne de la philosophie d'Aristote. L'enseignement des Pères de l'Église s'est avéré particulièrement fécond au regard de l'articulation des principes ayant mené à la reconnaissance du consensualisme. Et bien que Saint Thomas n'ait pas affirmé que le consentement suffise à former un contrat, on ne saurait minimiser son rôle dans l'élaboration d'une doctrine ayant conduit à l'émergence du consensualisme.⁵³

49. Voir Saint Thomas D'Aquin, *Somme théologique, La justice*, t. 1, trad. par M.S. Gillet, Paris, Desclée, 1948, question 58 aux pp. 30-50 et question 61 aux pp. 128-150; voir aussi M. Villey, *supra* note 42 et J. Gordley, *supra* note 40.

50. Mais, ne se contentant pas de nommer les divers échanges volontaires, Saint Thomas les a également décrits. Parmi les échanges volontaires, c'est-à-dire ceux qui ont pour objet le transfert de la propriété, Saint Thomas a distingué les actes à titre gratuit des actes relevant de la justice commutative (*ibid.* question 61, a. 3 à la p. 143).

51. Voir J. Gordley, «Law and Religion : An Imaginary Conversation with a Medieval Jurist», (1987) 75 Calif. Law Rev. 169; M. Villey, *supra* note 8 aux pp. 338 et s.

52. Voir J. Gordley, *supra* note 40 aux pp. 93-111.

53. Si les promesses ne sont pas obligatoires, d'un point de vue légal, c'est parce que, selon Saint Thomas D'Aquin, le droit tient compte «[...] de la mobilité de la volonté humaine» (Saint Thomas D'Aquin, *Somme théologique, La religion*, t. 2, trad. par I. Mennessier, Paris, Éditions du Cerf, 1953, question 88, a. 3 à la p. 21). Avant que le non-respect de la parole donnée ne soit sanctionné sur le plan juridique, les papes et les conciles en ont fait un délit (voir F. Spies, *De l'observation des simples conventions en droit canonique*, Paris, Sirey, 1928 aux pp. 25-33). Ce n'est qu'à la fin du XII^e siècle et au début du XIII^e siècle que le principe du respect de la parole donnée est érigé en règle de droit. Huguccio et Bernard de Pavie ne sont pas allés jusqu'à dire qu'une action peut être accordée afin de sanctionner une convention sans forme. Leur tâche sera complétée en 1212 par Johnnes Teutonicus qui, le premier, considère qu'une action de droit canonique peut sanctionner un simple accord de volonté. L'essentiel de l'enseignement du droit canonique au sujet du consensualisme montre déjà la distinction qu'il est essentiel de faire entre celui-ci et la théorie de l'autonomie de la

À partir de l'enseignement des Pères de l'Église et des écritures saintes, les canonistes ont posé le principe du respect de la parole donnée, de l'obligation de remplir ses engagements, bref, du consensualisme.⁵⁴ Leur position était fondée sur l'idée que le mensonge est un péché. Le Deutéronome ne prescrit-il pas que «[c]e qui une fois est sorti de tes lèvres tu l'observeras, et tu feras comme si tu l'as promis au Seigneur ton Dieu et selon ce que, de ton plein gré, tu as déclaré de ta bouche».⁵⁵ Le passage de la prohibition du mensonge au respect de la parole donnée s'effectuera à partir des écrits des Pères de l'Église.⁵⁶ Déjà, Saint Thomas estime qu'il s'agit là d'une obligation morale découlant du droit naturel.⁵⁷ Le fondement de ce principe de droit naturel est bien le respect de la vérité, de la parole donnée, sans lequel «[n]ulle vie sociale ne serait possible».⁵⁸

La bonne foi n'est pas étrangère à la fidélité à Dieu qui oblige le promettant à respecter sa parole, à réaliser ses promesses.⁵⁹ En effet, «[c]'est à la fidélité que revient de nous faire acquitter ce que nous avons promis. *Fidèle*, celui qui "fait ce qu'il dit" remarque S. Augustin (*fides = fiunt dicta*)».⁶⁰ Cette *fides*, c'est la bonne foi, qui exige «[...] la constance et la vérité de nos paroles et de nos promesses».⁶¹

volonté à laquelle il est trop souvent assimilé. À cet égard, soulignons que l'idée du libre arbitre permettant à une personne de conclure un contrat ne doit pas être confondue avec le fondement de la force obligatoire de ce contrat (voir J. Roussier, *Le fondement de l'obligation contractuelle dans le droit classique de l'Église*, Paris, Domat-Montchrestien, 1933 à la p. 8).

54. Voir les textes auxquels renvoie F. Spies *ibid.* aux pp. 2-13.

55. Deutéronome, 23, 24.

56. Voir F. Spies, *supra* note 53 à la p. 5; J. Roussier, *supra* note 53 à la p. 10. Cet auteur considère que la violation des promesses est véritablement assimilée au mensonge.

57. Voir Saint Thomas d'Aquin, *supra* note 53 question 88 à la p. 23.

58. Saint Thomas d'Aquin, *supra* note 53 question 88, a. 3 à la p. 377 (notes explicatives).

59. À ce sujet, les professeurs Ourliac et de Malafosse mentionnent qu'un acte du Midi, datant de l'époque féodale, «précise même que le promettant ne s'engage pas par la main "où n'est pas la foi" (*manu ubi non est fides*), mais par la parole et l'esprit (*verbis et animo ibi est fides*). C'est bien affirmer que la promesse peut résulter de la simple parole donnée, *fides*, foi ou *fiance*» (P. Ourliac et J. de Malafosse, *supra* note 22 aux pp. 80-81).

60. Saint Thomas d'Aquin, *supra* note 53 question 88 à la p. 22.

61. F. Spies, *supra* note 53 à la p. 20.

Dans cette perspective, la force obligatoire du contrat découle de la parole donnée. Le non-respect de celle-ci est assimilé à un acte contraire à la bonne foi et, en quelque sorte, à une injustice. À cet égard, tant les penseurs de la scolastique espagnole⁶² que les fondateurs de l'École du droit naturel moderne⁶³ renvoient à un passage de Cicéron, où celui-ci explique que la bonne foi est le fondement de la justice.⁶⁴

Le principe du respect de la parole donnée est bien le fondement du consensualisme. Il est également l'outil de lutte contre le formalisme dont se sont servis les canonistes. Le consensualisme marque, toutefois, dès le Moyen Âge, l'évolution du droit des contrats, même si on devra attendre les XVe et XIVe siècles pour parler d'une théorie du contrat telle que nous la concevons aujourd'hui.

Paragraphe II Le rôle de la bonne foi

Il ne s'agit pas ici de retracer toutes les règles de l'Ancien droit fondées sur la bonne foi, mais seulement d'esquisser les grands principes auxquels elle a donné naissance. Afin de situer ces principes, on aura surtout recours à l'oeuvre de Domat, qui constitue l'exposition la plus systématique du droit, tel qu'il se présentait avant la codification, et qui reflète l'influence des penseurs abordés précédemment. Cet auteur est probablement le plus éclairant puisque, déjà chez son «successeur», Pothier, les fondements de la théorie du droit ne sont pas affirmés de façon aussi explicite.⁶⁵

62. La scolastique espagnole regroupe des théologiens et juristes des XVI-XVIIe siècles dont les plus connus sont Soto, Molina et Lessius.

63. Les fondateurs de l'École du droit naturel moderne sont Grotius et Pufendorf (XVII-XVIIIe siècles).

64. Voir *supra* note 13, voir aussi J. Gordley, *supra* note 40 à la p. 74.

65. On ne trouve pas, chez Pothier, l'équivalent du *Traité des lois* de Domat. De plus, Pothier n'utilise la notion de bonne foi qu'à propos du dol et de la cause (M. Bugnet, *Oeuvres de Pothier*, t. 2, 2^e éd., Paris, Cosse et Marchal, 1861 au n^{os} 29-30 à la p. 19 et au no 43 à la p. 25).

L'Ancien droit inaugure la prédominance du consensualisme.⁶⁶ Ses principes ont été grandement influencés par le christianisme et le droit romain. Les notions de systématisation et d'abstraction résument l'apport de la bonne foi dans l'Ancien droit. D'une part, on peut parler d'une notion de contrat : celui-ci était auparavant un acte concret prenant sa source dans l'exécution de formalités précises, mais est devenu de plus en plus abstrait avec le consensualisme. D'autre part, le consentement prend une importance particulière avec l'adoption du principe du respect de la parole donnée, qui exige que l'on s'assure que le consentement ait été véritablement exprimé. L'articulation des conditions de validité du contrat et des vices du consentement procède de cette exigence.

En effet, l'affirmation du principe du respect de la parole donnée, de la foi promise, n'entraîne pas la disparition de la bonne foi. Les deux notions vont de pair. Ainsi, la bonne foi « suppose que le consentement soit valable, que les parties s'abstiennent de toute trahison, de toute violence, de toute malhonnêteté, de toute fraude; mais aussi qu'il soit vraisemblable et raisonnable; enfin que le contrat ne heurte ni le droit divin, ni les bonnes mœurs, ni même le "profit commun" ». ⁶⁷ En plus des vices du consentement, des bonnes mœurs et de l'ordre public, la notion de cause joue un rôle fondamental pour tempérer les effets du consensualisme. ⁶⁸

Certaines règles relatives à l'exécution du contrat semblent également prendre leur source dans la notion de bonne foi, dont notamment l'exception d'inexécution et la résolution du contrat pour inexécution. ⁶⁹ Ces deux principes découlent de la maxime « *non servandi fides, fides non est servanda* ». ⁷⁰

66. C'est sciemment que le terme *prédominance* a été utilisé puisqu'on ne peut ignorer le rôle toujours présent du formalisme.

67. P. Ourliac et J. de Malafosse, *supra* note 22 à la p. 83; selon J. Zaksas (référant à Esmein, *Études sur les contrats dans le très ancien droit français*, Paris, 1833 à la p. 33), *supra* note 19 à la p. 87, « le contrat tend à se reconstruire sur les principes d'équité et de bonne foi », dès le XIII^e siècle.

68. Voir H. Capitant, *supra* note 36 aux pp. 114-159; J. Gordley, *supra* note 40 à la p. 73.

69. Voir H. Rolland et L. Boyer, *Expressions latines du droit français*, 2^e éd., Paris, L'Hermès, 1985 à la p. 137.

70. Traduction : « La promesse n'est plus due à celui qui brise la sienne ». Voir H. Capitant, *supra* note 36 aux pp. 133-137; A. Mayrand, *Dictionnaire de maximes et locutions latines utilisées en droit*, 3^e éd. Cowansville, Les éditions Yvon Blais, 1994 à la p. 344.

L'apparition de cette maxime concorde avec celle du principe du respect de la parole donnée.⁷¹

Dans le *Traité des lois*, Domat s'attache à décrire les principes des lois qui règlent la conduite de chaque homme et «l'ordre de la société qu'ils forment ensemble».⁷² La première loi de l'homme lui commande la recherche et l'amour du «souverain-bien», elle renferme la seconde qui les oblige à s'unir et à s'aimer entre eux.⁷³ Deux espèces d'engagements découlent de ces lois. La première se forme par le mariage, la naissance d'enfants, la parenté et les alliances. La seconde «renferme toutes les autres sortes d'engagements qui approchent toutes sortes de personnes les unes des autres».⁷⁴ C'est dans cette dernière qu'il situe le contrat. Le contrat est donc soumis à la seconde loi, et son influence est très importante puisqu'elle est l'esprit des règles voulant «qu'il faut rendre à chacun ce qui lui appartient, qu'il ne faut faire de tort à personne, qu'il faut être sincère et fidèle.»⁷⁵ L'esprit des règles requiert évidemment leur application, mais oblige également les juges à une «justice plus abondante».⁷⁶

Au chapitre V intitulé «De quelques règles générales qui suivent des engagements, [...] qui sont autant de principes des lois civiles», Domat n'utilise pas explicitement la notion de bonne foi. On constate, toutefois, que les principes qu'il décrit en sont imprégnés, notamment lorsqu'il explique «[q]ue dans les engagements volontaires et mutuels, ceux qui traitent ensemble se doivent la sincérité, pour se faire entendre réciproquement à quoi ils s'engagent, la fidélité pour l'exécuter, et tout ce que peuvent demander les suites des engagements où il sont entrés»,⁷⁷ ou encore «[q]u'en toute sorte d'engagements, soit volontaires ou involontaires, il est défendu d'user d'infidélité, de duplicité, de dol, de mauvaise foi et de toute autre manière de nuire et de faire tort».⁷⁸ Plus loin, alors qu'il élabore ses vues sur l'esprit des lois, Domat explique que les lois

71. Voir H. Capitant, *supra* note 36 à la p. 134 à la note 1.

72. J. Rémy, *Oeuvres complètes de J. Domat*, t. 1, Paris, Alex-Gobelet Libraire, 1835 à la p. 1.

73. *Ibid.* à la p. 4; voir, plus généralement les pp. 3-6.

74. *Ibid.* à la p. 8.

75. *Ibid.* à la p. 15.

76. *Ibid.* à la p. 15.

77. *Ibid.* à la p. 17.

78. *Ibid.* à la p. 17.

qui ordonnent la bonne foi ne peuvent faire l'objet de dispense, ni d'exception.⁷⁹ Il ajoute même qu'il y a des lois immuables, dont celle qui commande la bonne foi.⁸⁰

Chez Domat la bonne foi joue un rôle essentiel en matière contractuelle. Même si seules quelques règles fondamentales du droit contractuel font l'objet de remarques référant expressément à la bonne foi,⁸¹ on ne saurait sous-estimer l'importance qu'il lui accordait. La bonne foi est pour lui aussi importante que l'ordre public et les bonnes mœurs.

Conclusion

Les règles élaborées à partir de la notion de bonne foi qu'on trouve en droit romain et dans l'Ancien droit existent toujours au XIXe siècle. La bonne foi comme source d'inspiration et comme notion imprégnant la théorie du contrat tend, toutefois, à disparaître. Les fondements du contrat sont alors transformés par la théorie de l'autonomie de la volonté. Le contrat devient une source de droits et d'obligations individuelles où les contractants sont perçus comme ayant des intérêts divergents. En mettant l'accent sur la volonté plutôt que sur la bonne foi, les règles relatives au contrat ne sont plus interprétées à partir de l'idée que le contrat est un outil d'échange soumis au respect des exigences de la bonne foi, mais à partir de la volonté des contractants, de leurs droits et de leurs obligations.

Si la théorie de l'autonomie de la volonté avait véritablement l'ampleur que certains lui prêtent, on serait obligé de donner au rôle de la bonne foi une

79. Voir *ibid.* à la p. 44.

80. Voir *ibid.* aux pp. 54 et 64.

81. Voir, notamment, *ibid.* au no 12 aux pp. 138 et s. : «Il n'y a aucune espèce de convention, où il ne soit sous-entendu que l'un doit à l'autre la bonne foi, avec tous les effets que l'équité peut y demander, tant en la manière de s'exprimer dans la convention, que pour l'exécution de ce qui est convenu, et de toutes les suites»; aux pp. 382-383 : «Pour les autres vices [des conventions], on réduira ceux dont il sera parlé dans ce titre à quatre espèces. [...] la troisième [du dol et du stellionat], de ceux qui sont contraires à la sincérité et à la bonne foi»; au no 2 à la p. 395 : «Et comme on ne doit pas donner facilement atteinte aux conventions, pour tout ce qui ne serait pas dans les bornes d'une parfaite sincérité, on ne doit pas souffrir que la simplicité et la bonne foi soient exposées à la duplicité et aux tromperies».

portée tellement improbable que même les tenants de cette théorie n'ont pas osé la formuler. Si on pousse à l'extrême le raisonnement proposé par cette théorie, il faudrait, comme le soulignait Gounot, affirmer que c'est seulement parce qu'il le veut que le contractant est soumis aux exigences de la bonne foi. Si telle n'est pas sa volonté, il serait libre d'être de mauvaise foi.⁸²

À partir de l'émergence de la théorie de l'autonomie de la volonté, on n'accordera que peu de place à la notion de bonne foi. Devant la rigueur des effets de la théorie de l'autonomie de la volonté, on assiste cependant à une résurgence du rôle de la bonne foi. C'est en France que le mouvement fut lancé, mais sans grand succès immédiat.⁸³ Là-bas comme ici, il se sera écoulé environ un siècle entre la codification et la revalorisation, par certains auteurs, de la bonne foi comme notion fondamentale du droit privé.⁸⁴ Malgré ces efforts, il faudra toutefois attendre les années 1980 pour que le rôle de la bonne foi fasse l'objet d'une véritable reconnaissance, tant par la doctrine⁸⁵ que par la

-
82. Voir E. Gounot, *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé - Contribution à l'étude critique de l'individualisme juridique*, Paris, A. Rousseau, 1912 à la p. 196.
83. Voir J. Jaubert, *Des effets civils de la bonne foi*, Paris, A. Pedone, 1899; F. Gorphe, *Le principe de la bonne foi*, Paris, Dalloz, 1928; A. Volansky, *Essai d'une définition expressive du droit basée sur l'idée de la bonne foi*, Thèse, Paris, 1929; R. Vouin, *La bonne foi, notion et rôle actuels en droit privé français*, Paris, LGDJ, 1939; A. Breton, «Des effets de la bonne foi», [1926] *Rev. Crit.* 86; G. Lyon-Caen, «De l'évolution de la notion de bonne foi», (1946) 44 *Rev. trim. dr. civ.* 75.
84. Voir P.-A. Crépeau, «Le contenu obligationnel du contrat», (1965) 43 *R. du B. can.* 1; G.A. Rosenberg, «The Notion of Good Faith in the Civil Law of Québec», (1960) 7 *R.D. McGill* 2.
85. Voir entre autres, en droit québécois, C. Dubreuil, «L'assurance : un contrat de bonne foi à l'étape de la formation et de l'exécution», (1992) 37 *R.D. McGill* 1087; P. Girard, «"Good Faith" in Contract Performance : Principle or Placebo?», (1983) 5 *Supreme Court L.R.* 309; R. Jukier, «Banque Nationale du Canada v. Houle (S.C.C.) : Implications of an Expanded Doctrine of Abuse of Rights in Civilian Contract Law», (1992) 37 *R.D. McGill* 221; G. Leclerc, «La bonne foi dans l'exécution des contrats», (1992) 37 *R.D. McGill* 1070; B. Lefebvre, «La bonne foi dans la formation du contrat», (1992) 37 *R.D. McGill* 1053; G. Lefebvre, «La bonne foi dans la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises», (1993) 27 *R.J.T.* 561; et, en droit français, Y. Picod, *Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat*, Paris, LGDJ, 1989; R. Desgorges, *La bonne foi dans le droit des contrats : rôle actuel et perspectives*, th., Paris II, 1992; J. Mestre, «L'exigence de la bonne foi dans la formation du contrat», (1989) 88 *Rev. trim. dr. civ.* 736; Y. Picod, «Le devoir de coopération», *J.C.P.* 1988.I.3318; Y. Picod, «L'exigence de bonne foi dans l'exécution du contrat», *Le juge et l'exécution du contrat*, Aix-en-Provence, Les Presses universitaires d'Aix-Marseille, 1993, 57.

jurisprudence. Au niveau législatif, de nombreux tempéraments qui empêchent d'ériger en absolus les principes de la théorie de l'autonomie de la volonté ont été adoptés⁸⁶ et le respect des exigences de la bonne foi a, enfin, été consacré.⁸⁷ Il ne faudrait toutefois pas surestimer l'impact de cette consécration car elle ne remet pas véritablement en cause la théorie de l'autonomie de la volonté. En effet, le contrat et les principales règles le gouvernant demeurent, comme la bonne foi, généralement conçus à partir de cette théorie.

86. Il s'agit principalement des art. 1434 et s., 1609, 1623, 1900, 1901, 2332 *C. civ.* et de la *L.P.C.* Ces tempéraments font écho aux critiques de la théorie de l'autonomie de la volonté. Ces critiques sont principalement de deux ordres. Certains remettent en cause ses fondements et adoptent une conception du contrat donnant prééminence à la loi. D'autres, préoccupés de justice contractuelle, refusent de donner aux conséquences de la théorie un caractère absolu, mais considèrent tout de même que la volonté est la source du contrat.

87. Art. 6 et 1375 *C.c.Q.*

RDUS

Revue de DROIT

UNIVERSITÉ DE SHERBROOKE

Titre : LA BONNE FOI : NOTION PROTÉIFORME

Auteur(s) : Brigitte LEFEBVRE

Revue : RDUS, 1995-1996, volume 26, numéro 2

Pages : 321-354

ISSN : 0317-9656

Éditeur : Université de Sherbrooke. Faculté de droit.

URI : <http://hdl.handle.net/11143/12870>

DOI : <https://doi.org/10.17118/11143/12870>

Page vide laissée intentionnellement.

LA BONNE FOI : NOTION PROTÉIFORME

par Brigitte LEFEBVRE*

SOMMAIRE

SECTION 1: LA DUALITÉ DE LA NOTION DE BONNE FOI ...	323
1.1 La bonne foi : croyance erronée	325
1.2 La bonne foi : norme de comportement	328
1.2.1 L'élément psychologique	329
1.2.2 L'élément moral	333
1.2.2.1 La bonne foi et la responsabilité civile ..	336
1.2.2.2 La bonne foi et la faute civile	338
SECTION 2: LES FONCTIONS DE LA BONNE FOI	340
2.1 La fonction interprétative	341
2.2 La fonction complétive	344
2.3 La fonction limitative	346
2.4 La fonction adaptative	352

*, Notaire et professeure au Département des sciences juridiques de l'UQAM.

Étudier le contenu de la notion de bonne foi nous amène à nous demander : qu'est-ce que la bonne foi? La réponse à cette question est fort complexe car la notion de bonne foi n'est pas définie au *Code civil*. Cette absence de définition rend certes cette notion plus difficile à cerner, mais présente l'avantage de lui permettre d'évoluer et de s'appliquer à des situations nouvelles.¹ C'est donc vers la doctrine et la jurisprudence que nous devons nous tourner pour faire l'étude de la bonne foi. Alors qu'il existe plusieurs études sur la bonne foi en droit français,² le droit québécois est peu loquace sur le sujet.³

Dans un premier temps, nous nous pencherons sur la notion de bonne foi et nous constaterons qu'elle a plus d'un sens. Puis, dans un deuxième temps, nous examinerons l'utilité de la bonne foi en étudiant ses différentes fonctions.

SECTION 1: LA DUALITÉ DE LA NOTION DE BONNE FOI

La majorité des auteurs reconnaissent que la notion de bonne foi présente plusieurs facettes.⁴ La dualité de la notion de bonne foi s'entend généralement de la distinction faite entre la bonne foi - croyance erronée - et la bonne foi - norme de comportement. On utilise parfois le vocable «bonne foi

-
1. G. Cornu, *Regards sur le titre III du livre III du code civil, «Des contrats ou des obligations conventionnelles en général» (essai de lecture d'un titre du Code)*, D.E.A. de droit privé, Paris, Les cours de droit, 1977 à la p. 59.
 2. C. Arthaud, *De la bonne foi et ses effets en matière civile*, Paris, A. Parent, 1874; A. Breton, «Des effets civils de la bonne foi», [1926] *Revue critique* 86; R. Desgorges, *La bonne foi dans le droit des contrats rôle actuel et perspectives*, th. Paris II, 1992; F. Gorphe, *Le principe de la bonne foi*, Paris, Dalloz, 1928; J. Jaubert, *Des effets civils de la bonne foi*, Paris, A. Pédone, 1899; G. Lyon-Caen, «De l'évolution de la notion de bonne foi» (1946) 44 *Rev. trim. dr. civ.* 75; J. J. E. Millet, *De l'erreur et de la bonne foi en droit romain et en droit français*, Paris, Lahure, 1871; Y. Picod, *Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat*, t. 208, Paris, L.G.D.J., 1989; A. A.L. Volansky, *Essai d'une définition expressive du droit basée sur l'idée de bonne foi*, Paris, Librairie de jurisprudence ancienne et moderne, 1929; R. Vouin, *La bonne foi : Notion et rôle actuels en droit privé français*, Paris, L.G.D.J., 1939.
 3. Congrès Henri Capitant - Journées Louisianaises 1992, (1992) 37 *R. D. McGill* 1024; S. Guillemard, «Tentative de description de l'obligation de bonne foi, en particulier dans le cadre des négociations précontractuelles» (1993) 24 *R.G.D.* 369; G. A. Rosenberg, «The notion of good faith in civil law of Quebec», (1960) 7 *R. D. McGill* 2.
 4. Pour une revue de la doctrine française voir : R. Vouin, *supra* note 2 aux pp. 32-38; R. Desgorges, *supra* note 2 aux pp. 36-38.

subjective» dans le premier cas et le vocable «bonne foi objective» dans le second. Le Vocabulaire Capitant fait ressortir cette dualité et définit la bonne foi en ces termes : «1) Croyance erronée en l'existence d'une situation juridique régulière. 2) Comportement loyal (ou à tout le moins normal) que requiert, notamment l'exécution d'une obligation; attitude d'intégrité et d'honnêteté.»⁵ En matière contractuelle, un auteur a proposé une autre classification, qui distingue la bonne foi contractuelle de la bonne foi du contractant.⁶ La première se veut plus objective que la seconde, qui est intimement reliée à la personne du contractant. D'autres font une distinction entre une bonne foi dite active, qui consiste en l'intention de ne pas causer un dommage, et une bonne foi dite passive, qui consiste à être dans l'erreur.⁷ La distinction faite par Jaubert est toutefois essentiellement reliée à l'attitude psychologique de la personne. Comme nous le verrons, cette conception de la bonne foi n'est plus suffisante aujourd'hui. La notion de bonne foi n'est plus restreinte à l'étude de l'intention ou de la croyance d'un individu, mais implique également l'examen objectif de ses agissements en fonction d'un standard de comportement et ce, indépendamment de sa véritable intention.

Même si la notion courante de bonne foi est directement reliée à l'aspect psychologique d'un individu, la notion juridique de bonne foi quant à elle comprend généralement deux éléments : l'élément psychologique, intrinsèquement lié à l'individu et l'élément moral qui s'en détache, se rapportant plutôt aux valeurs de la société qu'à la morale individuelle. Ainsi, dans certains cas, l'aspect psychologique sera à lui seul déterminant, alors que dans d'autres cas, on tiendra compte de considérations extérieures, souvent à connotation morale, afin d'établir s'il y a bonne foi ou non. Parfois même, l'intention n'aura plus d'importance. Alors qu'à la base, la bonne foi est essentiellement une question d'ordre psychologique, nous constatons que, d'un point de vue juridique, cet aspect de la bonne foi s'estompe parfois pour laisser la place à des considérations extrinsèques.

Il faut donc faire une distinction entre être de bonne foi et agir selon les exigences de la bonne foi. Le fait de référer à la bonne foi dans les deux cas,

5. G. Cornu, dir., *Vocabulaire Juridique*, Association Henri Capitant, 5e éd., Paris, P.U.F., 1996 à la p.105; Voir aussi : P.-A. Crépeau, dir., *Dictionnaire de droit privé et lexiques bilingues*, 2^e éd., Cowansville, Yvon Blais, 1991 à la p. 63.

6. Y. Picod, *supra* note 2.

7. J. Jaubert, *supra* note 2 à la p. 23.

contribue à la complexité de la compréhension de cette notion, car cette dernière vise plus d'une réalité. Le vocable utilisé n'est pas approprié. Il aurait peut-être été plus judicieux de parler de bonne foi dans le premier cas, alors qu'il est question de l'intention, et de probité dans le second, lorsqu'on réfère à une norme de comportement.

On peut se demander si les deux acceptions de la notion de bonne foi existent en droit québécois. Nul doute ne saurait être soulevé à cet égard. Nous verrons toutefois que ces deux sens ne sont pas diamétralement opposés et exclusifs l'un de l'autre. Il existe certains éléments d'objectivité qui entrent en ligne de compte lorsque l'on considère la bonne foi sous son aspect subjectif, alors que certains éléments de subjectivité sont considérés lors de l'analyse de la bonne foi objective. Pour les fins de l'exposé, nous aborderons le sujet en utilisant la division faite entre la bonne foi - croyance-erronée, où l'élément psychologique prédomine, et la bonne foi - norme de comportement où les valeurs de la société, élément moral, joue un rôle important.

1.1 La bonne foi : croyance erronée

Être de bonne foi, c'est croire en l'existence d'une situation juridique régulière alors que la réalité est tout autre. Dans un tel cas, le droit porte secours à celui qui est de bonne foi, malgré l'irrégularité de sa situation réelle.

Cette notion traditionnelle de bonne foi - croyance erronée existe depuis fort longtemps en droit québécois. Une revue des écrits des principaux auteurs sous l'ancien code peut nous en convaincre. Pour Langelier, «la bonne foi c'est l'ignorance de quelque chose qu'on aurait besoin de connaître».⁸ Pour Rodys,

«la bonne foi c'est la juste opinion et croyance ferme qu'a le possesseur qu'il a acquis le domaine de propriété de la chose qu'il possède; c'est l'ignorance du droit d'autrui... c'est la croyance légitime... c'est une croyance pleine et entière de l'acquéreur dans le droit de propriété à lui transmis... c'est la conviction, découlant de l'ignorance de tout droit contraire».⁹

8. F. Langelier, *Cours de droit civil de la province de Québec*, t. 6, Montréal, Wilson et Lafleur, 1911.

9. W. Rodys, *Traité de droit civil du Québec*, t. 15, Montréal, Wilson et Lafleur, 1958; voir aussi : G. A. Rosenberg, *supra* note 3.

Peu importe cependant que l'erreur soit de droit ou de fait.¹⁰ Force est de constater que cette bonne foi subjective a des liens étroits avec la notion d'erreur. Toutefois, on ne saurait les confondre.¹¹ Jaubert fait remarquer que l'erreur et la bonne foi passive ont en commun de porter préjudice à celui qui se trompe. En effet, l'opinion fausse que l'on se fait entraîne des conséquences dommageables pour notre patrimoine.¹² Cependant, le résultat obtenu lorsqu'on invoque l'erreur ou la bonne foi est différent. La bonne foi permet de maintenir une situation juridique irrégulière, alors que l'erreur sert à l'annuler.¹³ «Une personne de bonne foi est celle qui ignore que son adversaire est titulaire d'un droit ou qui croit être elle-même dans une situation juridique déterminée.»¹⁴ La bonne foi dans une telle situation s'analyse par rapport à la partie qui tente de faire valoir ses droits et ne dépend aucunement des agissements de l'autre partie. On n'exige pas la démonstration que l'autre partie a été de mauvaise foi. Certains auteurs font remarquer que c'est l'élément croyance qui prédomine.¹⁵ C'est cette croyance fondée sur des prémisses erronées qui est la manifestation de la bonne foi. Pour d'autres, c'est l'erreur engendrée qui importe.¹⁶ Selon Vouin:

«La bonne foi est donc l'erreur sur l'irrégularité d'un acte ou d'une situation juridique, l'ignorance de cette irrégularité. Elle est une notion purement psychologique, et non morale. De là vient que soit sans influence la croyance à l'existence d'un vice qui, en réalité, n'existe pas.»¹⁷

Nous reconnaissons que l'erreur est l'élément prédominant dans cette notion subjective de bonne foi - croyance erronée, mais nous ne partageons pas l'opinion de l'auteur à l'effet que la bonne foi n'ait pas de connotation morale. Ce sont souvent la morale et les valeurs de la société qui vont servir à déterminer si l'erreur est constitutive de droit.

10. G. Lyon-Caen, *supra* note 2 à la p. 99; R. Vouin, *supra* note 2 à la p. 260; A. Breton, *supra* note 2 à la p. 91; C. Arthaud, *supra* note 2 à la p. 183.

11. R. Vouin, *supra* note 2 à la p. 240; J. Jaubert, *supra* note 2 à la p. 157.

12. J. Jaubert, *supra* note 2 à la p. 158.

13. J. Jaubert, *supra* note 2 à la p. 159; G. Lyon-Caen, *supra* note 2 à la p. 99.

14. G. Lyon-Caen, *supra* note 2 à la p. 99.

15. A. Breton, *supra* note 2 à la p. 89; F. Gorphe, *supra* note 2 à la p. 118.

16. R. Vouin, *supra* note 2 à la p. 244; G. Lyon-Caen, *supra* note 2 à la p. 99.

17. R. Vouin, *supra* note 2 aux pp. 243-244.

En effet, même si traditionnellement la notion de bonne foi tourne autour de l'idée de croyance erronée et qu'elle est intimement liée à l'état d'esprit du justiciable, elle ne peut s'analyser exclusivement en fonction de l'aspect psychologique. Malgré le silence du texte, déjà sous l'ancien code, on reconnaissait que pour avoir un effet juridique, l'erreur devait être plausible, raisonnable, excusable.¹⁸ Si tel n'est pas le cas et ce, malgré sa bonne foi, le comportement de celui qui tente de s'en prévaloir est alors fautif.¹⁹ L'analyse de la bonne foi déborde alors du cadre personnel de l'individu qui l'invoque pour s'analyser plus objectivement en fonction des perceptions et des valeurs de la société et tend vers un standard social de comportement à respecter. Le magistrat amené à juger cette conduite porte alors un jugement de valeur qui n'a plus rien à voir avec la bonne foi de l'individu à proprement parler.

Cette idée du caractère raisonnable de l'erreur est reprise aujourd'hui dans le nouveau code en matière de vice du consentement, lorsqu'il exige pour mettre en oeuvre les dispositions de l'erreur que cette dernière soit excusable.²⁰ Le juge analyse alors le comportement de la partie qui invoque l'erreur. Avec cette nouvelle règle en matière de vice du consentement, le droit québécois met l'accent sur les agissements d'une partie au lieu de faire primer la rencontre des volontés qui doit sous-tendre le rapport contractuel. Il s'agit d'une analyse plus objective, car elle n'exige pas une preuve d'intention. Elle est toutefois teintée d'une certaine subjectivité, car le juge fait rarement totalement abstraction de ses propres valeurs lorsqu'il a à décider ce qui constitue un comportement raisonnable ou non.

Il est intéressant de constater que l'excusabilité de l'erreur est souvent déterminée par rapport à l'obligation de renseignement qui pèse sur l'une des

-
18. L. Baudouin, *Droit civil de la province de Québec*, Montréal, Wilson et Lafleur, 1953 à la p. 427; P.-B. Mignault, *Le droit civil canadien*, t. 2, Montréal, C. Théoret, 1896 à la p. 484; A. Montpetit et G. Taillefer, *Traité de droit civil du Québec*, t. 3, Montréal, Wilson et Lafleur, 1945 à la p. 138; à noter qu'avant l'adoption du Code civil du Québec, l'erreur inexcusable pouvait toutefois donner ouverture à l'annulation du contrat sur la base d'erreur.
19. P.-B. Mignault, *supra* note 18 à la p. 484; *Super Marché Lefort inc. c. Banque Nationale du Canada*, [1987] R.L. 641 à la p. 649 (C.A.).
20. Le caractère excusable de l'erreur s'apprécie *in concreto*. J.-L. Baudouin, *Les obligations*, 4^e éd., Cowansville, Yvon Blais, 1993, au no 167, à la p. 117; *Paradis c. Merrett*, (20 mars 1995), Québec 200-02-007957-931, J.E. 95-1039 (C.Q.).

parties au contrat et par l'obligation de se renseigner qui pèse sur l'autre.²¹ Cette obligation a comme fondement la bonne foi.²²

1.2 La bonne foi : norme de comportement

Être de bonne foi, c'est avoir un comportement honnête. Être de bonne foi, c'est également avoir un comportement loyal. Alors que l'honnêteté est intrinsèquement reliée à l'intention de son auteur, la loyauté peut s'entendre des agissements, des normes, des standards requis dans une situation donnée. «Est loyale, adéquate à la bonne foi, une situation juridique conforme aux "lois morales", fussent-elles seulement celles du juge».²³ Sous cet angle, l'élément intentionnel s'estompe pour laisser place à un critère extrinsèque qui s'analyse par rapport aux standards de la société et non seulement en fonction de l'individu lui-même, ce qui a d'ailleurs été reconnu en jurisprudence.²⁴ On parle souvent de bonne foi objective, car on examine le comportement d'un individu par rapport à une norme plutôt que par rapport à sa véritable intention. Toutefois, comme nous le verrons plus loin, l'élément psychologique continue de jouer un rôle important lorsque l'on traite de cette facette de la bonne foi.

21. Pour une illustration, voir : *Paradis c. Merrett, ibid.* et *Maisons funéraires Blais inc. c. Ouellet*, (3 avril 1995), Abitibi 615-02-000119-934, J.E. 95-1086 (C.Q.).

22. J. Alisse, *L'obligation de renseignements dans les contrats*, thèse de doctorat, Paris II, 1975 à la p. 60 [non publié]; F. Magnin, «Reflexions critiques sur une extension possible de la notion de dol dans la formation des actes juridiques, l'abus de situation», J.C.P. 1976.I.2780; Y. Boyer, *L'obligation de renseignements dans la formation du contrat*, Marseille, Presses universitaires Aix-Marseille, 1978 aux pp. 28 et 254; P. Jourdain, «Le devoir de "se" renseigner», D.1983.chron.139; C. Larroumet, *Droit civil*, t. 3, 2^e éd., Paris, Economica, 1990 à la p. 318; A. Seriaux, *Droit des obligations*, Paris, P.U.F., 1992 à la p. 74; J.-L. Baudouin, *supra* note 20 au no 276 à la p. 161; *contra* : P. Chauvel, *Le vice de consentement*, thèse de doctorat, Paris II, 1981 à la p. 226 [non publié]; La Cour suprême du Canada a reconnu l'application de la théorie de l'obligation de renseignement dans le droit québécois. L'honorable juge Gonthier fonde spécifiquement cette obligation sur le principe de la bonne foi. *Banque de Montréal c. Bail ltée*, [1992] 2 R.C.S. 554 à la p. 582; Voir aussi : *F. & I. Holdings Inc. c. 87313 Canada ltée*, [1996] R.J.Q. 851 (C.A.).

23. P. Sanz De Alba, *Sur quelques aspects de l'équité*, thèse de doctorat, Université Aix-Marseille, 1980 à la p. 361 [non publié].

24. *Vachon c. Lachance*, [1994] R.J.Q. 2576 (C.S.); *Godbout c. Entreprises J.G.F. Fiore inc.*, (25 octobre 1994), Montréal 500-05-005022-940, J.E. 94-1814 (C.S.); *Alexander-Maheu c. Banque Laurentienne du Canada*, (21 décembre 1995) Montréal 500-05-004856-934, J.E. 96-547 (C.S.); *Acier d'armature Rô inc. c. Stelco inc.*, [1996] R.R.A. 355 (C.A.).

La bonne foi - norme de comportement - est-elle une réalité en droit québécois? La lecture de certains articles du Code permet de répondre par l'affirmative. L'article 1375 C.c.Q. y fait clairement référence. Il déclare que : «La bonne foi doit gouverner la conduite des parties, tant au moment de la naissance de l'obligation qu'à celui de son exécution ou de son extinction.» À plus d'une reprise, le code relie expressément le caractère raisonnable d'un comportement ou d'une clause avec les exigences de la bonne foi.²⁵ La question demeure toutefois de savoir ce qu'est «un comportement excessif et déraisonnable allant à l'encontre des exigences de la bonne foi?»

Nous étudierons donc cette notion de bonne foi objective en examinant dans un premier temps l'incidence de l'élément psychologique puis, dans un deuxième temps, son aspect extrinsèque qui est influencé par des considérations morales.

1.2.1 L'élément psychologique

L'élément psychologique joue un rôle important lorsqu'il s'agit de déterminer si une personne est de bonne foi ou non. En effet, dès que l'on réussit à démontrer que l'intention d'une personne est malhonnête, nous pouvons établir qu'elle n'est pas de bonne foi. Comme nous le verrons, l'inverse n'est pas vrai. Le problème pratique est de réussir à faire cette preuve d'intention qui s'avère parfois très difficile, voire quasi impossible. Pour pallier cette difficulté, le législateur a édicté une présomption de bonne foi.²⁶ La bonne foi étant présumée, la mauvaise foi d'une personne devra être démontrée, ce que l'on fera en prouvant la connaissance. Cette preuve doit être prépondérante et s'établit en analysant l'ensemble du comportement de la personne visée.²⁷

Ainsi, on traite la plupart du temps, plutôt de mauvaise foi que de la bonne foi. Ceci nous amène à nous demander si la bonne foi et la mauvaise foi ne sont que les deux facettes de la même notion ou plutôt si elles sont des réalités distinctes.²⁸ Dans le langage courant, la bonne foi est l'antonyme de la mauvaise foi. Juridiquement, il semble que ce soit différent. En effet, si on se

25. Art. 7 et 1437 C.c.Q.

26. Art. 2805 C.c.Q.

27. *Godbout c. Entreprises J.G.F. Fiore inc.*, *supra* note 24.

28. En matière de dol, certains l'ont affirmé : M. Tancelin, *Sources des obligations. L'acte juridique légitime*, Montréal, Wilson et Lafleur, 1993 au no 130 à la p. 76.

limite à l'analyse de l'état d'esprit d'un individu, une personne est soit de bonne foi ou de mauvaise foi. Toutefois, un individu peut agir à l'encontre des exigences de la bonne foi sans avoir d'intention malhonnête et tout en ayant un comportement moralement acceptable à ses yeux. L'élément psychologique est-il indispensable à la preuve de la bonne foi? En d'autres termes, peut-on dissocier la notion de bonne foi de l'intention de nuire ou de tromper?

Avant de tenter de répondre à ces questions, quelques remarques s'imposent pour comprendre pourquoi l'étude de la bonne foi s'est faite dans le sillon de la mauvaise foi. La bonne foi a longtemps été analysée par rapport à son antonyme : la mauvaise foi. Au lieu de se demander si une personne était de bonne foi, on tentait plutôt de démontrer qu'elle était de mauvaise foi. Cette façon d'envisager le problème de la bonne foi est en partie reliée à l'existence de la présomption de bonne foi édictée par le code civil. Généralement, une partie n'a pas à démontrer sa bonne foi, car elle bénéficie de la présomption. C'est alors à celui qui prétend le contraire d'établir qu'elle n'est pas de bonne foi, c'est-à-dire qu'elle est de mauvaise foi.

On peut également expliquer cette situation par le fait que la bonne foi dans la formation des contrats s'est principalement développée autour de la notion de dol. Le dol véhicule une idée de tromperie et l'*actio doli* était à l'origine un recours de nature pénale, un délit qui résultait d'un comportement malhonnête.²⁹

Pendant longtemps, le dol n'a pu résulter que de gestes positifs posés afin de tromper le cocontractant. Aujourd'hui, il sanctionne la mauvaise foi du cocontractant, que celle-ci provienne d'un geste positif, tromperie, mensonge, manoeuvre frauduleuse ou d'une omission, réticence ou silence. L'étude du dol nous amène inévitablement à examiner l'intention de tromper et, en conséquence, l'aspect psychologique d'un individu. Juridiquement, le dol est une erreur sciemment provoquée. Étant le résultat d'un agissement fautif, cette notion d'erreur n'est pas aussi restrictive que celle de l'article 1400 C.c.Q. Le droit n'a pas ici à protéger la stabilité des transactions, car l'annulation ou la réduction du contrat résulte des agissements du cocontractant ou est faite à sa connaissance et il ne saurait s'en plaindre. En conséquence, l'erreur vicie le

29. P. Bonassies, *Le dol dans la conclusion des contrats*, thèse de doctorat, Lille, 1955 [non publié].

consentement dans tous les cas.³⁰ Que cette erreur soit provoquée par un geste positif tels une fausse représentation, un mensonge ou par un geste négatif, une omission ou un silence, l'intention de tromper, c'est-à-dire la faute intentionnelle, doit exister. Elle est de l'essence du dol.³¹ C'est l'élément intentionnel qui prime.³²

L'utilisation du mécanisme juridique du dol devrait être limité aux cas où l'on peut établir cette intention de tromper et en conséquence, sanctionner la mauvaise foi.³³ Nous partageons l'avis de M. Sériaux qui n'envisage pas que le dol puisse avoir une application en dehors du domaine de l'erreur provoquée.³⁴ Il faut distinguer l'erreur de l'article 1400 de celle de l'article 1401. Hormis leurs champs d'application spécifiques, ce qui les distingue, c'est le fait que l'erreur soit volontairement provoquée dans le cas du dol.³⁵ Il nous apparaît inconcevable que l'on puisse prétendre qu'une personne est de mauvaise foi sans intention en ce sens. Peut-être agit-elle incorrectement, déloyalement, à l'encontre des exigences de la bonne foi, mais n'en étant pas consciente, elle ne provoque pas sciemment une erreur et l'emploi de la notion de dol semble ici inapproprié.³⁶

30. Art.1401 C.c.Q.

31. M. Tancelin, *supra* note 28 au no 129 à la p. 76; C. Garcin et O. Moreteau, «Le dol et l'obligation de renseignements dans la formation des contrats», [1982] *Annales de la faculté de droit de Lyon* 101 à la 112; J.-L. Baudouin, *supra* note 20 au no 174 à la p. 119; J. Ghestin, *Traité de droit civil*, t. 2, 2^e éd., Paris, L.G.D.J., 1988 no 426 à la p. 457; J. Pineau, D. Burman et S. Gaudet, *Théorie des obligations*, 3^e éd., Montréal, Thémis, 1996, au no 86 à la p. 137.

32. P. Bonassies, *supra* note 29 à la p. 393.

33. La notion de dol est insuffisante pour couvrir toutes les situations où l'obligation de bonne foi est sanctionnée par le droit québécois. En effet, l'utilisation du dol devrait être réduite aux cas où l'erreur est provoquée intentionnellement. Toutefois, afin de couvrir certains cas de réticence non intentionnelle on a dénaturé ce recours. La notion de dol pourrait être élargie si on considérait le dol comme un vice du contrat. voir : P. Bonassies, *supra* note 29 aux pp. 409 et s.

34. Le dol ne devrait pas être étendu «à toutes les formes de malhonnêteté qui choquent la bonne foi contractuelle». A. Seriaux, *supra* note 22 à la p. 66.

35. L'obligation de bonne foi devrait quant à elle couvrir les cas où une partie a un comportement déraisonnable sans qu'il soit toutefois intentionnel.

36. Le régime de la responsabilité civile serait plus opportun; toutefois il n'entraîne pas la même sanction car il ne permet pas d'obtenir l'annulation du contrat ou la réduction des obligations. Ceci explique probablement pourquoi le recours pour dol a, dans les faits, été le mécanisme juridique utilisé.

Tous mensonges ou toutes réticences n'équivalent toutefois pas automatiquement à un dol. Il peut en effet s'agir d'un «bon dol», lequel est permis en droit.³⁷ Le droit fait appel à un critère plus objectif qui réfère au comportement raisonnable et ne sanctionnera l'erreur provoquée que si elle est excusable. L'élément psychologique s'estompe encore une fois.

Quelle est la relation entre la bonne foi et la mauvaise foi et en quoi se distinguent-elles l'une de l'autre? La mauvaise foi est intimement liée à l'état d'esprit d'une partie, alors que la bonne foi ne requiert pas nécessairement une intention particulière. A priori, ceci peut sembler contradictoire. Volansky en donne une explication en examinant l'étymologie des mots bonne foi. «La notion de *bonae fidei* désigne à l'origine un usage : celui des honnêtes gens. Elle signifie donc une conduite générale qui se rapporte à un certain état d'esprit, mais ne vise pas seulement l'activité intentionnelle.»³⁸ Certains ont proposé de résoudre cette contradiction en distinguant la bonne foi du contractant de la bonne foi contractuelle.³⁹ Dans cette optique, la bonne foi du contractant serait une analyse *in concreto* de l'état d'esprit du contractant, ce qui revient à étudier la mauvaise foi, alors que la bonne foi contractuelle s'apprécierait *in abstracto* par rapport à une norme sociale reconnue.

Théoriquement, il apparaît possible d'isoler la notion de mauvaise foi de celle de la bonne foi - norme de comportement. M. le Juge Baudouin indique que la mauvaise foi doit être distinguée de la faute simple ou de la négligence en ce que «la mauvaise foi est plus qu'une simple faute ou négligence. Elle emporte, en principe, la connaissance effective de la réalité.»⁴⁰ Dans une autre affaire, la Cour reconnaît qu'on ne perd pas sa bonne foi, c'est-à-dire qu'on est pas de mauvaise foi, parce qu'on a été imprudent.⁴¹ La mauvaise foi a donc indéniablement des liens très étroits avec l'état d'esprit d'une personne.

37. *Lortie c. Bouchard*, [1952] 1 R.C.S. 508; J.-L. Baudouin, *supra* note 20 au no 181 à la p. 122; J. Pineau, D. Burman et S. Gaudet, *Théorie des obligations*, *supra* note 31 au no 88 à la p. 139.

38. A. Volansky, *supra* note 2 à la p. 284.

39. R. Vouin, *supra* note 2 à la p. 145; Y. Picod, *supra* note 2 aux pp. 22 et 79.

40. *Masella c. Nettoyeur Eden inc.*, [1993] R.J.Q. 1703 à la p. 1706 (C.A.).

41. *Automobiles Mario Maratta inc. c. Meehan*, (19 septembre 1994), Terrebonne 700-02-002684-935, J.E. 94-1599 (C.Q.).

La bonne foi quant à elle, traite de la façon dont se comporte une personne. Comme nous le verrons dans la prochaine section, l'étude des fonctions de la bonne foi démontrera qu'entre autres, la bonne foi crée des obligations implicites pour les parties dans une relation contractuelle. Ainsi, lorsque le droit sanctionne des agissements en ne tenant pas compte de l'état d'esprit de son auteur mais plutôt en examinant la situation par rapports aux faits et gestes d'une personne raisonnable placée dans les mêmes circonstances, il sanctionne un manquement à l'obligation de bonne foi et non pas nécessairement la mauvaise foi d'une des parties.

L'expression mauvaise foi devrait être limitée aux cas où une intention malveillante existe. Force est de reconnaître que la jurisprudence ne limite pas l'utilisation du terme «mauvaise foi» aux situations où l'on rencontre cette intention caractérisée. À titre d'exemple, le juge Baudouin fait remarquer que quelquefois, lorsque la faute est qualifiée de lourde, la jurisprudence est portée à la faire équivaloir à de la mauvaise foi.⁴² Il serait plus juste de dire qu'il y a faute lorsqu'on enfreint les exigences de la bonne foi. Ceci nous amènerait peut être à reconnaître que l'obligation de bonne foi a une existence autonome.

1.2.2 L'élément moral

Désormais, l'élément psychologique n'est plus le seul critère retenu afin d'établir s'il y a bonne foi ou non. La bonne foi se veut le critère qui détermine si un comportement est excessif et déraisonnable ou non. Elle est un standard de comportement.⁴³ Un examen de la jurisprudence récente révèle cette nouvelle tendance.⁴⁴ Dans l'affaire *G.D.G. Environnement ltée c. Zoecon*

42. *Masella c. Nettoyeur Eden inc.*, *supra* note 40 à la p. 1706.

43. Cette évolution du droit existe également dans plusieurs pays civilistes. Travaux de l'Association Henri Capitant, *La bonne foi*, (Journées Louisianaises 1992), t. XLIII, Paris, Litec, 1994. Pour le droit canadien : E. P. Belobaba, «Good faith in canadian contract law», (1985) *Spec. lect. L.S.U.C* 73; S. K. O'Byrne, «Good faith in contractual performance : Recent developments», (1995) 74 *R. du B. can.* 70.

44. *Posluns c. Entreprises Lormil inc.*, (4 juillet 1990), Québec 200-05-001584-858, 200-05-001878-854, J.E. 90-1131 (C.S.) (en appel) Dans cette cause, on a reconnu que l'obligation de loyauté impliquait pour le locateur d'éviter les conflits d'intérêts entre les locataires. Dans les faits cette obligation avait pour effet de créer une obligation d'exclusivité implicite malgré l'absence de clause d'exclusivité au bail. *Paradis c. Côté*, (20 avril 1995), Chicoutimi 165-02-000193-943, J.E. 95-1163 (C.Q.). Dans cette affaire, le tribunal a examiné le comportement du débiteur afin de déterminer s'il avait agi de bonne foi ou non. Il n'a aucunement été question d'intention.

Canada inc., le juge Croteau s'exprime en ces termes : «[...] la bonne foi est comprise dans le sens d'une norme, d'une conduite acceptable ou de l'exercice raisonnable d'un droit selon les règles de l'équité et de la loyauté.»⁴⁵ Dans la même veine, la Cour suprême du Canada s'est prononcée sur le sujet dans une affaire où il était question d'abus de droit en matière contractuelle et a clairement établi qu'il peut y avoir abus sans qu'il soit nécessaire de prouver mauvaise foi ou malice.⁴⁶ On examine alors le comportement en fonction de la personne raisonnable. En conséquence, agira à l'encontre des exigences de la bonne foi et abusera de ses droits, non seulement la personne qui a une intention malveillante ou malicieuse, mais également celle qui a eu un comportement déraisonnable dans les circonstances. Quelque temps plus tard, la Cour suprême s'est de nouveau penchée sur l'obligation de bonne foi dans une affaire portant sur la non-divulgence de données techniques dans le cadre de contrat d'entreprise à forfait. Dans cette affaire, la Cour a reconnu l'existence de l'obligation de renseignement et a statué qu'il y avait eu manquement à cette obligation en examinant le comportement du maître d'ouvrage à la lumière du comportement d'une personne raisonnable.⁴⁷

Le Code civil du Québec a codifié l'interprétation donnée par la Cour suprême en matière d'abus de droit, à l'article 7. Nous remarquons donc que le code fait, dorénavant, expressément référence à la bonne foi lorsqu'il veut qualifier la façon d'exercer un droit.

Quoique l'élément psychologique demeure important lorsque l'on veut établir qu'une partie a agi avec une intention de nuire, force est de reconnaître cependant que l'intention du contractant s'estompe lorsqu'il s'agit de qualifier un comportement d'excessif ou de déraisonnable. Le juge se réfère alors à une norme abstraite conforme aux critères de ce qui est raisonnable aux yeux de la

45. (16 avril 1993), Montréal 500-05-002786-935, J.E. 93-1255 à la p. 9 (C.S.). Dans cette affaire, le tribunal est d'avis qu'une partie bénéficiant d'un droit d'exclusivité n'agit pas de bonne foi en faisant la promotion des produits d'un concurrent. On examine aucunement l'intention.

46. *Houle c. Banque Canadienne Nationale*, [1990] 3 R.C.S. 122.

47. *Banque de Montréal c. Bail Itée*, *supra* note 22. Notons toutefois que dans cette affaire le maître d'oeuvre avait connaissance des informations et qu'il ne les a pas transmises à son cocontractant. Il aurait alors été possible de faire la preuve de sa mauvaise foi.

société et aux siens.⁴⁸ C'est alors que des considérations morales entrent en ligne de compte. Le comportement du contractant sera analysé en fonction d'une personne raisonnable placée dans les mêmes circonstances. On pourra alors arriver à une situation où une personne sera réputée avoir agi à l'encontre des exigences de la bonne foi tout en n'ayant eu aucune intention en ce sens; ce sera notamment le cas de la personne totalement insouciant. Selon sa morale personnelle, son geste n'enfreint aucun code d'éthique alors qu'il est socialement répréhensible.

Il n'est donc plus nécessaire de se demander si la personne est selon ses propres convictions, de bonne foi ou non. On se demande plutôt si elle a agi selon les exigences de la bonne foi. Il y a donc une distinction fondamentale à faire entre être de bonne foi et agir selon la bonne foi. Cette distinction réside dans l'intention de l'individu. Si l'on est de mauvaise foi, on agit à l'encontre de la bonne foi, mais l'inverse n'est pas vrai. Il suffit maintenant de démontrer qu'une personne n'a pas agi de façon raisonnable, allant ainsi à l'encontre des exigences de la bonne foi. On doit toutefois en faire la preuve, vu la présomption de bonne foi édictée par l'article 2805. N'ayant plus à faire une preuve d'intention, la preuve en est facilitée et s'effectue par la démonstration de l'existence des faits en cause. Il suffit de prouver une faute simple. Mais est-il encore véritablement question de bonne foi dans son sens le plus courant du terme? N'est-il pas plutôt question de la personne raisonnable, ce qui nous amène à nous demander en quoi la bonne foi se distingue-t-elle de la responsabilité civile?

48. Dans l'affaire *Vachon c. Lachance*, *supra* note 24 à la p. 2579 (C.S.), M. le juge Allard s'exprime en ces termes : « Quelqu'un ne peut plus avoir de défense adéquate de bonne foi en prétendant seulement qu'il a agi légalement, qu'il est dans son droit ou qu'il se croyait dans son droit. Il devra, si sa bonne foi est contestée, aller plus loin et prouver qu'il a non seulement agi en toute légalité, mais conformément au standard social que la collectivité reconnaît. »

1.2.2.1 La bonne foi et la responsabilité civile

Le principe de la bonne foi, à titre de norme de comportement, nous amène à nous interroger sur les liens qui peuvent exister entre cette notion et la responsabilité civile. Certains ont déjà soulevé l'existence de tels liens.⁴⁹ En effet, l'une des idées maîtresses qui sous-tend la responsabilité civile est la violation d'une norme de conduite.⁵⁰ Toutefois, la bonne foi ne doit pas être confondue avec la responsabilité civile. Nous devons voir la bonne foi comme étant le devoir à respecter et la responsabilité civile comme étant le mécanisme qui permet de sanctionner le manquement à ce devoir.

Entendu dans son sens subjectif, il semble y avoir peu de place pour les notions de bonne foi et de mauvaise foi dans le champs de la responsabilité extracontractuelle, car le droit québécois ne tient généralement pas compte de l'intention d'une partie afin de retenir sa responsabilité. Ceci rejoint les propos de Vouin qui ne voit pas de place pour la bonne foi dans la responsabilité délictuelle.⁵¹ Nous devons nuancer cette affirmation, car la bonne ou la mauvaise foi d'un individu détermine la responsabilité dans certaines cas, notamment ceux visés par les articles 1461, 1471 et 1474 C.c.Q. Elle peut également jouer un rôle lors de l'octroi de dommages punitifs (art.1621 C.c.Q.). En ce sens, la bonne foi est un facteur qui diminue l'obligation de réparation du préjudice subi. Cependant, il s'agit probablement plutôt d'un effet de la mauvaise foi que de la bonne foi dans son sens objectif.

Dans son sens objectif, il est, à priori, difficile de dissocier la bonne foi de la responsabilité civile. En tant que principe général de droit, la bonne foi trouve sa sanction dans la responsabilité civile. Un auteur propose que le principe de la bonne foi soit le fondement de la responsabilité civile.⁵² Pour sa part, le juge Gonthier de la Cour suprême considère que «l'obligation de bonne foi procède de la même source que l'obligation générale de bonne conduite

49. L. Cornelis, «La bonne foi : aménagement ou entorse à l'autonomie de la volonté», dans S. David-Constant, dir., *La bonne foi*, Liège, A.S.B.L., Jeune Barreau de Liège, 1990 à la p. 35; J. Ghestin, *supra* note 31 au no 185 à la p. 203.

50. J.-L. Baudouin, *La responsabilité civile*, 4^e éd., Cowansville, Yvon Blais, 1994, au no 109 à la p. 82.

51. R. Vouin, *supra* note 2 aux pp. 197 et 201.

52. A. Volansky, *supra* note 2 à la p. 290.

sanctionnée par l'article 1053 C.c.B.-C. (aujourd'hui art.1457 C.c.Q.).⁵³ Il parle d'ailleurs de «devoir général d'agir de bonne foi et de façon raisonnable».⁵⁴ Il existe donc inévitablement des liens étroits entre les deux notions. À ce titre, on peut s'interroger sur l'existence autonome du principe de la bonne foi. Ne fait-il pas double emploi avec la diligence requise par la responsabilité civile? Dans les deux cas, les tribunaux n'examinent-ils pas si l'individu a eu un comportement raisonnable? Afin de répondre à ces questions, il y a lieu d'examiner la question sous l'angle de la responsabilité contractuelle, puis sous l'angle de la responsabilité extracontractuelle. Cette question est importante, car s'il nous est impossible de distinguer la bonne foi de la responsabilité, elle n'apparaîtra pas comme une notion autonome et elle se confondra avec les règles de la responsabilité civile. Dans le cas contraire, la bonne foi apparaîtra comme une notion distincte ayant ses propres attributs et ses propres fonctions. Il nous semble donc primordial de déterminer s'il existe une obligation de bonne foi autonome, tant en matière contractuelle qu'extracontractuelle.

Le code civil québécois reconnaît spécifiquement à l'article 1375, l'existence d'une obligation de bonne foi en matière contractuelle. Cette obligation existe-telle en dehors du cadre contractuel? Sans traiter spécifiquement de la question, certains écrits semblent abonder en ce sens. En effet, dans ses commentaires, le ministre de la Justice nous indique à l'article 1375 (qui vise l'obligation de bonne foi au stade de la formation, de l'exécution et de l'extinction de l'obligation) que cet article reprend, en matière d'obligations, le principe général édicté par l'article 6.⁵⁵ A contrario, on peut interpréter les paroles du ministre comme reconnaissant que l'article 6 édicte un principe général de droit qui n'est pas limité au droit des contrats. Pour sa part, le professeur Masse évoque le fait que la notion de bonne foi en matières de responsabilité contractuelle et extracontractuelle doit être clarifiée.⁵⁶ Au surplus, nous pouvons argumenter que l'article 1375 fait partie du chapitre premier portant sur les dispositions générales du livre cinquième «Des obligations» et non dans le chapitre traitant des contrats. En conséquence, il devrait viser tant les obligations contractuelles que les obligations

53. *Banque de Montréal c. Bail ltée*, *supra* note 22 à la p. 582.

54. *Ibid.* à la p. 583.

55. *Commentaires du ministre de la Justice*, t. 1, Québec, Les publications du Québec à la p. 832.

56. C. Masse, «La responsabilité civile», dans *La réforme du Code civil. Obligations, contrats nommés*, vol. 2, Ste-Foy, P.U.L., 1993, au no 32 à la p. 260.

extracontractuelles. Nous verrons ultérieurement que la bonne foi entretient des liens étroits avec la notion d'abus de droit. En effet, va à l'encontre de la bonne foi le fait d'exercer un droit de façon excessive et déraisonnable. Cette situation pouvant survenir tant en matière contractuelle qu'extracontractuelle, il ne saurait être contesté que la théorie de l'abus de droit trouve application dans les deux domaines. Il devrait en être de même du principe de la bonne foi.

Nous sommes d'avis que l'obligation de bonne foi devrait exister à l'extérieur du cadre contractuel. Comment peut-on exiger la bonne foi lors de la conclusion du contrat si on en nie l'existence durant la période où ce dernier se forme? Par ailleurs, ne pourrait-on pas voir dans l'article 6 qui exige que toute personne exerce ses droits civils selon les exigences de la bonne foi, l'existence d'une telle obligation légale? Nous le croyons. En effet, n'abuse-t-on pas de notre droit de contracter ou de ne pas contracter lorsque l'on rompt une négociation de façon intempestive? L'existence d'une obligation de bonne foi envers autrui a d'ailleurs été reconnue en jurisprudence.⁵⁷

1.2.2.2 La bonne foi et la faute civile

La référence à la bonne foi comme standard de comportement nous amène à nous interroger sur la relation entre la bonne foi et la faute civile. De façon générale, les tribunaux ont recours à la notion de faute afin d'examiner les agissements des individus et d'établir s'il y a manquement aux exigences de la bonne foi. Le professeur Masse nous indique que la bonne foi se rapproche de la notion de faute.⁵⁸ Toutefois, il ne faut pas confondre l'une et l'autre. À cet effet, rappelons les critères d'évaluation de la faute. Pour qu'il y ait faute, il faut premièrement qu'il y ait un manquement à un devoir imposé par la loi ou le contrat et, deuxièmement, que l'on apprécie le comportement à la lumière du critère de la personne raisonnable. La faute réside dans le comportement d'un

57. *Métromédia C.M.R. inc. c. Tétreault*, [1994] R.J.Q. 777 (C.S.). Dans cette affaire, le tribunal sanctionne les agissements d'un ex-employé et de son nouvel employeur et considère que la méconnaissance du préavis à donner lorsque l'on quitte un emploi est un comportement qui démontre une mauvaise foi si évidente qu'elle constitue un délit. *Banque de Montréal c. Bail ltée*, *supra* note 22 à la p. 582 : «[...] il va sans dire qu'une partie à un contrat doit se conduire tout aussi raisonnablement et avec la même bonne foi à l'égard des tiers qu'à l'égard des autres parties contractantes.»; D. Jutras, «Le tiers trompé (À propos de l'affaire Bail Ltée)», (1993) 72 *R. du B. can.* 28 aux pp. 40 et s.

58. C. Masse, *supra* note 56 au no 32 à la p. 261.

individu, alors que la bonne foi est la norme en vertu de laquelle on juge ce comportement. Ainsi, sous certains aspects, la notion de bonne foi, notamment lorsqu'elle est envisagée comme critère d'application de l'abus de droit, devient un standard pour évaluer s'il y a faute.⁵⁹

Pour sa part, M. Desgorges distingue nettement la bonne foi de la notion de faute. Cet auteur a démontré dans sa thèse que la bonne foi a une autonomie qui lui est propre, car il peut y avoir responsabilité contractuelle sans qu'il y ait faute. Selon lui, la bonne foi ne doit pas s'examiner comme une façon d'exécuter une obligation, mais plutôt comme étant l'objet même de l'obligation.⁶⁰ Si cette interprétation peut être retenue en matière contractuelle, elle ne saurait l'être dans le domaine extracontractuel qui repose essentiellement sur le concept de faute.

Dans un autre ordre d'idées, si l'on examine la bonne foi dans son sens subjectif, c'est-à-dire en fonction de l'état d'esprit d'un individu, l'on doit avouer que la bonne foi ne peut être assimilable au concept de faute. Dans cette situation «la mauvaise foi est plus qu'une simple faute ou négligence, elle suppose la connaissance effective de la réalité.»⁶¹ La mauvaise foi est moindre et incluse dans la notion de faute. Il existe donc une certaine connexité entre la bonne foi et la faute civile sans qu'elles ne soient synonymes l'une de l'autre.

En conclusion, nous croyons qu'il est possible de distinguer l'obligation de bonne foi de la responsabilité civile en général. La bonne foi, comme critère d'évaluation de la faute, exigera parfois que l'on fasse plus que de s'abstenir de nuire à autrui. En effet, la bonne foi exige que l'on pose un geste positif. À titre d'exemples : informer la partie adverse, collaborer avec le cocontractant, éviter

59. Il a clairement été établi en commission parlementaire que l'intention du législateur est de ne donner ouverture au recours pour abus de droit que s'il y a faute et que cette théorie ne peut servir à introduire en droit québécois un régime de responsabilité sans faute. Québec, Assemblée nationale, Sous-commission des institutions, *Journal des débats : étude détaillée du projet de loi 125 C.c.Q.*, 1ère session, 34e législature, Québec, Officiel, 1991 à la p. SCI-1197.

60. R. Desgorges, *supra* note 2 à la p. 79; R. Vouin, *supra* note 2 à la p.43. Pour cet auteur, il est inadmissible de faire de la bonne foi une simple absence de faute. Contra : G. Lyon-Caen, *supra* note 2 à la p. 112 qui voit la bonne foi dans l'une des ses fonctions comme l'absence de faute contractuelle.

61. *Masella c. Nettoyeur Eden inc.*, *supra* note 40; *Automobiles Mario Maratta inc. c. Meehan*, *supra* note 41.

les conflits d'intérêts etc... En ce sens, la bonne foi crée des obligations positives, alors que la responsabilité extracontractuelle vise plutôt généralement à imposer une obligation de ne pas faire, de ne pas nuire à autrui.⁶² Vu sous cet angle, la bonne foi apporterait un éclairage nouveau au cadre de la responsabilité civile délictuelle classique.

La jurisprudence nous permet de croire qu'il en est également ainsi en matière contractuelle. Mme la Juge Colas s'exprime en ces termes :

«Le rôle de la banque est de transiger de bonne foi afin de permettre à ses débiteurs de rencontrer leurs obligations en toute facilité et non de placer des obstacles pour paralyser l'exploitation et ainsi empêcher le redressement de la situation. Au lieu de jouer un rôle négatif, la banque se doit d'aider ses débiteurs à trouver des solutions susceptibles de redresser ou corriger certaines erreurs de parcours.»⁶³

La bonne foi implique donc un devoir de collaboration.

SECTION 2: LES FONCTIONS DE LA BONNE FOI

Comme nous venons de l'exposer, la bonne foi n'est pas une notion monolithique. Elle a plusieurs sens, ce qui laisse présupposer quelle n'intervient pas de la même façon et au même titre dans chacune de ses manifestations. Afin d'en comprendre les tenants et aboutissants, un examen de ses diverses fonctions s'avère opportun.

Pour les fins de l'exercice, nous avons choisi d'utiliser la classification proposée par le juriste belge Baert et reprise ici par le professeur Masse.⁶⁴ Cette

62. J.-L. Baudouin, *supra* note 50 au no 30 à la p. 17.

63. *Banque Royale du Canada c. Nettoyeur Terrebonne (1985) inc.*, (21 octobre 1987), Montréal 500-05-000006-872, J.E.88-61 (C.S.); *Caisse populaire Desjardins St-Jean-Baptiste-De-La-Salle c. 164375 Canada inc.*, [1996] R.R.A. 151 (C.S.) (en appel). Dans cette affaire, le tribunal a statué que le créancier devait notamment, pour se conformer à son obligation de bonne foi, fournir des explications plus détaillées et conseiller à son débiteur de consulter une tierce partie.

64. C. Masse, «La bonne foi dans l'exécution des contrats - Rapport Général», dans Travaux de l'Association Henri Capitant, *La bonne foi*, (Journées Louisianaises 1992), t. XLIII, Paris, Litec, 1994 aux pp. 224 et suiv. Cette classification n'est pas unanimement reconnue. Pour Matthias Storme, toutes ces distinctions sont inutiles car la bonne foi n'a qu'une fonction d'interprétation normative. Cité dans : L. Cornelis, *supra* note 49 à la p. 47.

classification comprend quatre fonctions : une fonction interprétative, une fonction limitative, une fonction complétive et une fonction adaptative.

2.1 La fonction interprétative

La classification de Baert attribue à la bonne foi une fonction interprétative. Il semble que cette fonction occupe une place importante.⁶⁵ En droit français tout comme en droit belge, elle trouve son fondement dans le troisième alinéa de l'article 1134.⁶⁶ M. Périlleux expose que pour certains la fonction interprétative «commande que le contrat soit exécuté conformément à l'intention réelle des parties, l'esprit primant la lettre».⁶⁷ Alors que pour d'autres, dont le professeur Masse, «cette première fonction permet au juge d'examiner la conduite des parties dans l'exécution du contrat pour voir si cette conduite est en accord avec les buts que les parties ne pouvaient manquer d'attribuer à ce contrat en vertu du principe de la bonne foi.»⁶⁸ Il est alors plutôt question de comportement que d'intention.

Une première remarque s'impose. À la lecture de cette définition, il nous apparaît que l'on vise plus l'interprétation des comportements des parties au contrat que leur intention initiale. Cette fonction de la bonne foi ne permet donc pas de mieux connaître le contenu du contrat, mais plutôt d'analyser le comportement des contractants pour, le cas échéant, leur imposer des obligations non écrites. Ne parle-t-on pas plutôt de la bonne foi dans sa fonction supplétive qu'interprétative?

Quoiqu'il en soit, la fonction interprétative est-elle en accord avec les principes d'interprétation reconnus par le code civil? À première vue,

65. C. Masse, *supra* note 64 à la p. 224; voir la revue de la doctrine faite par Desgorges dans : R. Desgorges, *supra* note 2 à la p. 26. Certains ont soulevé des doutes sur le bien fondé de cette fonction. L. Cornelis, *supra* note 49 à la p. 49; R. Desgorges, *supra* note 2 aux pp. 31 et s.; J. Perilleux, «La bonne foi dans l'exécution du contrat. Rapport belge», dans Travaux de l'Association Henri Capitant *La bonne foi*, (Journées Louisianaises 1992), t. XLIII, Paris, Litec, 1994 à la p. 244.

66. L. Cornelis, *supra* note 49 à la p. 48.

67. J. Perilleux, *supra* note 65 à la p. 244.

68. C. Masse, *supra* note 64 à la p. 224. Pour les divers sens envisagés par la fonction interprétative de la bonne foi, voir : A. Benabent, «La bonne foi dans l'exécution du contrat. Rapport français», dans Travaux de l'Association Henri Capitant *La bonne foi*, (Journées Louisianaises 1992), t. XLIII, Paris, Litec, 1994 à la p. 294.

permettons-nous d'en douter et ce, pour deux motifs. Premièrement, le Code édicte des règles aux articles 1425 et suivants qui servent à guider l'interprétation du contrat. On ne retrouve dans ces règles aucune trace de la bonne foi. Dans sa thèse, M. Desgorges utilise entre autres cette constatation pour nier la fonction interprétative de la bonne foi. Il fait remarquer que l'article 1134 (articles 6, 1375 et 1434 en droit québécois), qui traite du contenu implicite d'un contrat, ne se retrouve pas dans la partie spécifiquement réservée aux règles d'interprétation des contrats.⁶⁹ Mais est-ce suffisant pour exclure définitivement la bonne foi des principes d'interprétation des contrats? Nous y reviendrons.

Deuxièmement, les principes d'interprétation édictés au code civil posent comme première règle que le juge ne doit interpréter un contrat que si ce dernier est ambigu. Cette interprétation doit se faire en recherchant l'intention commune des parties et, en conséquence, faire prévaloir l'esprit du contrat sur la lettre.⁷⁰ À ce stade, ce qui importe, c'est de retracer ce qu'avait les parties en tête, ce sur quoi elles ont bien voulu s'entendre et non ce qu'elles ont censé avoir voulu en fonction d'éléments et de considérations externes. Il nous apparaît y avoir très peu de place pour la bonne foi dans cet exercice.

Le problème est donc de retracer cette commune intention, si commune intention il y a. En effet, les parties ont pu envisager leur contrat sous des angles bien différents l'une de l'autre. Lorsqu'il y a divergence d'opinion, le juge doit rechercher d'autres règles applicables afin de retracer «fictivement» la commune intention et c'est à ce moment là que peut être pris en considération le principe de la bonne foi. En effet, une certaine doctrine reconnaît que les règles d'interprétation ne se limitent pas exclusivement aux dispositions contenues dans la section visant spécifiquement l'interprétation des contrats.⁷¹ Il en existe

69. R. Desgorges, *supra* note 2 aux pp. 31 et 32.

70. Pour le professeur Malinvaud cette règle de base tire son inspiration de la notion de bonne foi. P. Malinvaud, *Droit des obligations : les mécanismes juridiques des relations économiques*, 6^e éd., Paris, Litec, 1992 au no 170 à la p. 209.

71. J. Ghestin, *supra* note 31 au no 38 à la p. 42; E. Colas, «La notion d'équité dans l'interprétation des contrats», (1980-81) 83 *R. du N.* 391 à la p. 400; Desgorges pour sa part, est en désaccord avec la fonction interprétative attribuée à l'article 1134 al. 3. Il fait une nette distinction entre les problèmes d'interprétation et ceux de l'exécution, en considérant les problèmes d'interprétation comme étant ceux pour lesquels l'on doit déterminer ce que les parties ont voulu par opposition aux problèmes d'exécution qui visent le comportement des parties à un contrat. R. Desgorges, *supra* note 2 à la p. 31.

d'autres. Il s'agit de règles dites objectives qui servent à déterminer le contenu des contrats.⁷² La bonne foi fait partie de ces règles objectives au même titre que l'usage et l'équité.⁷³ Dans leur traité Colin et Capitant s'expriment ainsi :

«[...] s'il y a doute sur le sens de leur accord, celui-ci doit s'interpréter d'après les règles de la bonne foi, c'est-à-dire d'après le sens qui, en raison de la matière du contrat, s'imposerait normalement à un individu honnête, loyal en affaires.»⁷⁴

Mais peut-on véritablement encore parler d'interprétation du contrat?⁷⁵ C'est une chose que de déterminer le contenu d'une convention, c'en est une autre que de le rechercher exclusivement en fonction de l'intention des parties comme le propose le modèle classique. Lorsque l'intention est ambiguë ou que les intérêts des parties sont divergents, le résultat de l'analyse que fait le juge est faussé, car il doit reposer sur un élément, l'intention commune, qui est inexistant en l'espèce. Certes, l'introduction de ces principes objectifs se veut un palliatif à l'intention commune véritable, mais il nous apparaît qu'elle a plutôt pour effet de déterminer le contenu obligationnel du contrat sur une base autre que celle de l'intention commune des cocontractants. M. Cornelis abonde dans le même sens en les considérant comme des règles servant à «redéterminer l'intention commune des parties».⁷⁶ Nous reconnaissons que le principe de la bonne foi est un facteur important lorsqu'il s'agit de déterminer le contenu d'un contrat, mais, selon nous, il ne saurait être vu et considéré comme une règle d'interprétation. Déterminer le contenu d'un contrat est une chose, l'interpréter en est une autre. Il y a là danger que, sous le couvert d'un mécanisme d'interprétation, le juge verse dans la révision du contrat.⁷⁷ Dans les faits, il en est souvent ainsi; la limite entre l'interprétation du contrat et sa révision est vite franchie, ce qui nous amène plutôt à parler de fonction supplétive ou complétive de la bonne foi.

72. Voir en ce sens : G. Leclerc, «La bonne foi dans l'exécution du contrat», dans Travaux de l'Association Henri Capitant *La bonne foi*, (Journées Louisianaises 1992), t. XLIII, Paris, Litec, 1994 à la p. 270; M. Tancelin, *supra* note 28 au no 227 à la p. 148.

73. Art. 1375 et 1434 C.c.Q.

74. A. Colin et H. Capitant, *Traité de droit civil*, t. 2, Paris, Dalloz, 1959 au no 814 à la p. 454.

75. J. Perilleux, *supra* note 65 à la p. 244.

76. L. Cornelis, *supra* note 49 à la p. 48.

77. Pour l'utilisation de la règle d'interprétation comme outil de révision du contrat, voir : P. Legrand jr, «L'obligation implicite contractuelle : aspects de la fabrication du contrat par le juge», (1991) 22 R.D.U.S. 109 aux pp. 133 et s.

2.2 La fonction complétive

La fonction complétive de la bonne foi est reconnue et joue un rôle très important au niveau de l'exécution du contrat.⁷⁸ « Cette notion permet de compléter les clauses et obligations assignées dans le contrat au débiteur par des devoirs et obligations accessoires qui vont l'obliger à exécuter utilement. »⁷⁹ En ce sens, nous pouvons dire que la bonne foi est alors créatrice d'obligations. Certains ont pu prétendre qu'elle dénature le contrat et va à l'encontre du principe de l'autonomie de la volonté en imposant aux parties des obligations qu'elles n'ont pas expressément prévues; force nous est d'en reconnaître l'existence en droit québécois.⁸⁰ Contrairement au droit français, nous avons vu précédemment que le Code civil du Bas-Canada ne contenait aucune référence expresse à la bonne foi dans l'exécution du contrat, ni au stade de la formation du contrat d'ailleurs. Cependant, l'article 1024 C.c.B.-C. stipulait que « les obligations d'un contrat s'étendent non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les conséquences qui en découlent, d'après sa nature, et suivant l'équité, l'usage ou la loi ». Déjà, en 1965, un auteur proposait que la notion d'équité puisse donner ouverture à la reconnaissance de l'existence d'une obligation de bonne foi dans l'exécution des contrats.⁸¹ Cette idée a fait son chemin, tant en doctrine qu'en jurisprudence, et elle est maintenant expressément reconnue à l'article 1375 du Code civil du Québec.⁸² La fonction complétive de la bonne foi en matière d'exécution du contrat impose des obligations de collaboration, de loyauté, d'information.⁸³

78. On utilise également le vocable « fonction supplétive » pour la désigner. L. Cornelis, *supra* note 49 à la p. 51.

79. C. Masse, *supra* note 64 à la p. 225.

80. P. Legrand jr, *supra* note 77 aux pp. 109-154. Un auteur souligne que les obligations implicites reconnues en vertu de l'article 1024 C.c.B.-C. devraient se limiter aux obligations accessoires au type de contrat. D. Picotte, « Les mécanismes d'encadrement judiciaire des relations commerciales contractuelles et extra-contractuelles : évolution et tendances », (1993) 27 *R.J.T.* 599 à la p. 623.

81. P.-A. Crépeau, « Le contenu obligationnel d'un contrat », (1965) 43 *R. du B. can.* 1 à la p. 26.

82. *Banque de Montréal c. Bail ltée*, *supra* note 22; *Banque de Montréal c. Kuet Leong Ng*, [1989] 2 R.C.S. 429 à la p. 436; *Banque Nationale du Canada c. Soucisse*, [1981] 2 R.C.S. 339 à la p. 357; J. Pineau et D. Burman, *Théorie des obligations*, 2^e éd., Montréal, Thémis, 1988 au no 229 à la p. 316; J.-L. Baudouin, *Les obligations*, 2^e éd., Cowansville, Yvon Blais, 1983 au no 369 à la p. 227.

83. C. Masse, *supra* note 64 à la p. 225; J. Perilleux, *supra* note 65 à la p. 244.

En est-il de même au niveau de la formation du contrat? La bonne foi consiste notamment à assurer que le consentement va être donné de façon libre et éclairée. À cet effet, une obligation de renseignement peut être imposée à l'un des contractants en fonction de sa qualité, sur la base de la collaboration requise par la fonction complétive de la bonne foi. M. Boyer s'exprime ainsi : «La bonne foi implique cette forme de collaboration qui veut qu'un contractant renseigne l'autre contractant lorsqu'il existe entre eux un déséquilibre des connaissances.»⁸⁴ Qu'en est-il en droit québécois? La Cour suprême, a rendu il y a quelques années un jugement fondamental sur le sujet. Après avoir retracé l'existence de plusieurs cas d'applications où l'on a exigé une obligation de renseignement, le cas du fabricant, le cas du médecin, en droit bancaire et en droit des assurances, le plus haut tribunal du pays a expressément reconnu l'existence en droit québécois d'une théorie générale de l'obligation de renseignement, ayant pour fondement la bonne foi dans le domaine contractuel.⁸⁵ Cette obligation est positive, en ce sens que le débiteur de l'obligation se doit d'informer son cocontractant lorsque ce dernier est «dans une position informationnelle vulnérable.»⁸⁶ En obiter, la Cour reconnaît de plus que cette obligation ne se limite pas au domaine contractuel, mais qu'elle existe tout autant en matière extracontractuelle.⁸⁷ Au niveau jurisprudentiel, cette obligation de renseignement s'est notamment développée à travers la notion de réticence dolosive.⁸⁸ Notons que le Code civil du Québec reconnaît expressément à son article 1401 que la réticence, voire même le silence, peuvent être constitutifs de dol. A contrario, il impose une obligation d'information. Comme nous l'avons souligné cependant, nous croyons que l'application de la bonne foi au stade de la formation du contrat ne saurait être limitée au concept de dol.

84. Y. Boyer, *supra* note 22 à la p. 20.

85. *Banque de Montréal c. Bail ltée*, *supra* note 22 à la p. 586.

86. *Ibid.* à la p. 587.

87. *Ibid.* à la p. 588.

88. À titre d'exemples récents : *Landry-Caruso c. Marcotte*, (4 novembre 1993), Montréal 500-09-000875-898, 500-09-000876-896, J.E. 93-1878 (C.A.); *Poissant c. Demers*, (5 décembre 1994), Terrebonne 700-05-002306-912, J.E. 95-132 (C.S.); *Marcotte c. Chastenay*, (18 avril 1995), Trois-Rivières 400-05-000451-915, J.E. 95-1142 (C.S.), appel rejeté sur requête, 6 novembre 1995, C.A.Q. 200-09-000293-958; *Waltzing c. Marchildon*, (13 mars 1995), Chicoutimi 150-05-000469-918, J.E. 95-736 (C.S.), (en appel); *2435-5158 Canada inc. c. Canadian Kenworth Inc.*, (9 septembre 1994), Montréal 500-05-004213-888, J.E. 94-1459 (C.S.), règlement hors cour, 1^{er} juillet 1996, C.A.M. 500-09-001574-946; *Nadeau c. Pelletier*, (9 mai 1995), Longueuil 505-05-1452-934, J.E. 95-1350 (C.S.).

La fonction complétive de la bonne foi impose un devoir de collaboration entre les parties contractantes. En l'occurrence, ne serait-il pas possible de prétendre que cette fonction de la bonne foi puisse donner ouverture à la reconnaissance d'une obligation de négocier de bonne foi? Notons que cette obligation existe dans le droit du travail. Elle figure dans la législation de façon expresse.⁸⁹ L'obligation de négocier de bonne foi dans le droit du travail implique que les parties doivent négocier avec diligence dans le but d'en arriver à une entente, soit la conclusion d'une convention collective.⁹⁰ L'obligation de négocier de bonne foi n'impose pas d'en arriver à une entente coûte que coûte. Si les négociations échouent, l'arbitre statuera ultérieurement sur les prétentions des parties. La situation est tout autre dans le droit commun des contrats. En effet, le principe de la liberté contractuelle n'oblige aucunement les parties qui entrent en pourparlers à conclure une entente et l'obligation de négocier de bonne foi peut apparaître comme allant fondamentalement à l'encontre de cette liberté contractuelle. Toutefois, l'existence de pourparlers, d'échange entre deux parties, nous semble suffisant pour justifier le fait de ne pas faire abstraction de cette phase. La formation d'un contrat ne débute pas avec la signature du contrat. Il ne saurait y avoir de naissance sans gestation. Il est donc primordial de ne pas ignorer la phase précontractuelle, qu'un contrat en résulte ou non. Si l'obligation de bonne foi peut exister en dehors de tout cadre contractuel, notamment en matière d'abus de droit, a fortiori devrait-elle exister lorsqu'une convention est susceptible de résulter de l'échange entre deux parties. La collaboration découlant de la fonction complétive de la bonne foi est susceptible d'y jouer un rôle.

2.3 La fonction limitative

La bonne foi a également une fonction limitative qui consiste à poser des limites à l'exercice d'un droit lorsqu'un tel exercice irait à l'encontre des exigences de la bonne foi et constituerait un abus de droit. M. Widmer parle pour sa part de la fonction modératrice de la bonne foi. À ses dires, cette fonction permet de «ramener l'exercice excessif d'un droit subjectif à un degré

89. *Code du travail*, L.R.Q., c. C-27 art. 53; *Code canadien du travail*, L.R.C. 1985, c. L-2 art. 50 a).

90. R. P. Gagnon, L. Lebel, P. Verge, *Droit du Travail*, 2e éd., Ste-Foy, P.U.L., 1991 à la p. 498.

sûrement [...] qui peut être considéré comme légitime».⁹¹ Quant à M. Cornelis, il parle de fonction dérogatoire.⁹² Tous ces vocables visent la même réalité. Cette fonction de la bonne foi met clairement en évidence la relativité des droits.

Elle se retrouve codifiée à l'article 7 du code civil du Québec qui stipule : «Aucun droit ne peut être exercé en vue de nuire à autrui ou d'une manière excessive et déraisonnable allant ainsi à l'encontre des exigences de la bonne foi.» Cette phraséologie fait nettement ressortir les deux axes de l'abus de droit. Premièrement, l'article vise les situations où l'on est de mauvaise foi et qui sont directement reliées à l'intention de l'auteur. Deuxièmement, l'on traite plutôt des cas non intentionnels mais abusifs qui eux ne respectent pas le principe de la bonne foi.⁹³ Nous voyons clairement que la bonne foi et la mauvaise foi ne sont pas toujours les revers d'une même médaille. La bonne foi agit ici comme «chien de garde», afin qu'un individu use de ses droits à bon escient. Cette théorie trouve des applications tant en matière contractuelle qu'extracontractuelle.⁹⁴

La bonne foi entretient des liens étroits avec la théorie de l'abus de droit. Toutefois, elles ne sauraient être assimilées l'une à l'autre. La bonne foi a un champ d'application beaucoup plus étendu que l'abus de droit qui n'en représente qu'un aspect. L'abus des droits peut se ramener à une manifestation du principe général de la bonne foi.⁹⁵

Les liens entre l'abus de droit et la bonne foi sont manifestes dans le domaine contractuel. À l'origine, la théorie de l'abus de droit n'était pas admise en matière contractuelle, car on ne pouvait concevoir qu'un droit expressément

91. P. Widmer, «Bonne foi et abus de droit - Principe? Protée? Panacée? Une tentative de synthèse possible.» Séminaire sur «l'abus de droit et le principe de la bonne foi», Olivone, Suisse, septembre 1992 à la p. 8.

92. L. Cornelis, *supra* note 49 à la p. 52.

93. L'examen de la jurisprudence nous démontre toutefois que les tribunaux rendent leurs jugements en fonction du caractère déraisonnable ou non du comportement et font peu référence à la bonne foi.

94. Le code en réitère le principe à l'article 976 en matière de relation de bon voisinage. La doctrine est toutefois d'avis, que cet article se distingue de la notion d'abus de droit codifiée à l'article 7 et qu'il consacre le critère de l'utilisation antisocial d'un droit, ce qui a pour effet d'introduire un mécanisme de responsabilité sans faute. J.-L. Baudouin, *supra* note 50 au no 161 à la p. 108.

95. M. Tancelin, *Des obligations : contrat et responsabilité*, 4^e éd., Montréal, Wilson et Lafleur, 1988 au no 446 à la p. 267.

prévu au contrat puisse être susceptible d'abus.⁹⁶ La doctrine, principalement Josserand, a contribué à mettre en évidence que les droits ne sont pas absolus, mais plutôt relatifs.⁹⁷ En effet, il survient fréquemment des conflits entre divers droits qui ont comme conséquence d'entraîner des limitations aux dits droits et d'en démontrer leur relativité.⁹⁸ Il en est de même pour les conflits entre les règles contractuelles et les exigences de la bonne foi, ce qui occasionne des limitations, des modifications ou des interdictions. Dans un tel cas, M. Cornelis est d'avis que les règles de la bonne foi doivent prévaloir sur les règles contractuelles.⁹⁹ Cette conclusion se justifie amplement selon nous, car le principe de la bonne foi est hiérarchiquement supérieur.

Peu à peu, tant la doctrine que la jurisprudence, ont reconnu que l'on pouvait abuser d'un droit contractuel.¹⁰⁰ L'application de la théorie de l'abus de droit en matière contractuelle ne fait plus aucun doute depuis l'arrêt *Houle c. Banque Canadienne Nationale* rendu par la Cour suprême du Canada en 1990. Après avoir fait une revue exhaustive du droit français et québécois sur le sujet, Madame le Juge L'Heureux-Dubé conclut en ces termes : «En résumé, donc, il semble que la théorie de l'abus des droits contractuels fasse aujourd'hui incontestablement partie du droit québécois.»¹⁰¹ Cet arrêt met en évidence le lien qui existe entre l'abus de droit contractuel et le principe de la bonne foi.

96. Planiol était un ardent défenseur de cette thèse. Voir : J. Ghestin et G. Goubeaux, *Traité de droit civil : Introduction générale*, 3^e éd., Paris, L.G.D.J., 1990 au no 695 à la p. 676.

97. L. Josserand, *De l'esprit des droits et leur relativité, théorie dite de l'abus des droits*, 2^e éd., Paris, Dalloz, 1939.

98. L. Baudouin, *supra* note 18 à la p. 1278.

99. L. Cornelis, *supra* note 49 à la p. 53.

100. D. Angus, «Abuse of rights in contractual matters in the province of Quebec» (1962) 8 *R. D. McGill* 150; A. Mayrand, «L'abus des droits en France et au Québec» (1974) 9 *R.J.T.* 321 aux pp. 331 et s.; R. Soucy, «Étude sur les abus de droits», [1979] *R.L.* 1; J.-F. Desbiens, «L'abus de droit en matière contractuelle au Québec», (1987) 1 *R.J.E.L.* 81; P.-G. Jobin, «Grands pas et faux pas de l'abus de droit contractuel», (1991) 32 *C. de D.* 153; C. Vennat, «Commentaire d'arrêt : *Banque Nationale du Canada c. Houle*», (1988) 22 *R.J.T.* 387; G. Vallée et E. Naufal-Martinez, «La théorie de l'abus de droit dans le domaine du travail», dans G. Trudeau, G. Vallée et D. Veilleux, dir., *Études en droit du travail : à la mémoire de Claude D'Aoust*, Cowansville, Yvon Blais, 1995 à la p. 303.

101. *Houle c. Banque Canadienne Nationale*, *supra* note 46 à la p. 164. Cet arrêt a été commenté dans les articles suivants : C. Masse, «Chronique de droit civil québécois : session 1989-90» (1991) 2 (2d) *Supreme Court L. R.* 493; D. Gardner, «Un jalon dans l'établissement d'un nouvel ordre contractuel? : *Houle c. Banque canadienne nationale*», (1991) 70 *R. du B. can.* 760; Rosalie Jukier, «*Banque Nationale du Canada v. Houle* (S.C.C.) : Implications of an Expanded doctrine of abuse of rights in civilian contract law», (1992) 37 *R. D. McGill* 221.

C'est, en effet, par l'intermédiaire du principe de la bonne foi que l'abus de droit contractuel a été introduit en droit québécois.¹⁰² Le principe de bonne foi impose que les contrats soient exécutés de bonne foi et qu'en conséquence, on n'abuse pas de nos droits contractuels. La bonne foi a ainsi pour fonction de contrôler les droits contractuels.

Il devient donc opportun d'établir les conditions d'application de la notion de l'abus de droit en droit québécois. Encore une fois, la bonne foi s'avère un élément important. Il est désormais établi que le droit québécois ne retient plus uniquement l'obligation de démontrer l'existence d'une faute intentionnelle pour appliquer la notion de l'abus de droit contractuel.¹⁰³ Dans l'affaire *Houle c. Banque Canadienne Nationale*, le plus haut tribunal du pays a non seulement consacré la théorie de l'abus de droit en matière contractuelle, mais a également établi qu'il y a abus de droit, non seulement lorsqu'on exerce un droit avec une intention de nuire ou de manière malicieuse, mais également lorsqu'on exerce un droit contractuel de façon déraisonnable. Madame le juge L'Heureux-Dubé conclut en ces termes :

«[...] la norme servant à apprécier l'existence d'un tel abus s'est élargie pour inclure maintenant le critère de l'exercice raisonnable d'un droit, tel qu'il est incarné dans la conduite d'une personne prudente et diligente. Ce critère peut couvrir un grand nombre de situations, y compris l'utilisation d'un contrat à une fin autre que celle envisagée par les parties. On pourrait donc formuler ainsi le critère approprié : tels droits ont-ils été exercés dans un esprit de loyauté?»¹⁰⁴

Le critère de l'abus de droit réfère non seulement à la bonne foi-intention mais également à la notion de bonne foi objective. La bonne foi devient alors une norme de comportement et l'intention s'estompe. C'est d'ailleurs ce critère qui a été repris par le législateur québécois lors de la codification de la théorie de l'abus de droit dans le code civil.

102. J.-L. Baudouin, «Contrat - application de la théorie de l'abus de droit en matières contractuelles», (1971) 31 *R. du B.* 335; C. Masse, *supra* note 64 à la p. 225.

103. Pour l'exposé des différentes thèses sur le sujet, voir : L. Mazeaud, «La responsabilité dans l'exercice d'un droit», (1955-56) 58 *R. du N.* 369 aux pp. 370-371; J. Ghestin et G. Goubeaux, *supra* note 96 aux pp. 691 et s.

104. *Houle c. Banque Canadienne Nationale*, *supra* note 46 à la p. 164.

Dans ce passage, la Cour suprême souligne au surplus que l'abus de droit vise également les cas où un droit est utilisé pour une fin autre que celle envisagée par les parties. Dans une affaire subséquente, le juge Gendreau de la Cour d'appel réitère le test énoncé par la Cour suprême. Il s'exprime ainsi :

«C'est pourquoi la partie qui prétend à l'abus de droit devra démontrer que les gestes de son cocontractant sont inspirés par des considérations extérieures ou non pertinentes, ou dénotent une conduite déraisonnable eu égard à celle de l'individu prudent et diligent placé dans des conditions semblables à celles de la partie recherchée en dommages.»¹⁰⁵

La référence à «des considérations extérieures ou non pertinentes» ne revient-elle pas à dire que l'on tient également compte de la finalité des droits et du caractère légitime ou non du motif? Le discours tenu par la jurisprudence pourrait, nous semble-t-il, donner ouverture, en partie du moins, à la théorie de Josserand.¹⁰⁶ Cependant, les discussions qui ont eu lieu préalablement à l'adoption de l'article 7 du code civil, démontrent que la codification de la théorie de l'abus de droit correspond aux enseignements de la jurisprudence et qu'elle n'a pas pour effet d'introduire un mécanisme de responsabilité sans faute.¹⁰⁷ Cette opinion est partagée par la doctrine¹⁰⁸ et généralement suivi par la jurisprudence qui, dans la plupart des cas, se prononce expressément quant à l'exigence d'établir une faute ou qui, à tout le moins, le fait implicitement en

105. *Sofati ltée c. Laporte*, [1992] R.J.Q. 321 à la p. 325 (C.A.) Ce critère a été repris afin de déterminer s'il y avait abus de droit dans l'affaire *Duchesne c. Produits Canadiana inc.*, (1^{er} novembre 1994), Montréal 500-09-001458-900, J. E. 94-1904 (C.A.).

106. Selon Josserand, «la théorie de l'abus présente en réalité une double face, l'une subjective, l'autre objective, puisqu'elle implique la confrontation des motifs de l'agent - élément personnel et subjectif - avec la fonction, le but du droit en cause - élément social et objectif.» L. Josserand, *supra* note 97 au no 266 à la p. 366. Pour l'auteur, la notion de «motif légitime» n'est pas synonyme de mobile et ne requiert pas une intention blâmable. *Ibid.* à la p. 413.

107. *Journal des débats*, *supra* note 59 aux pp. SCI-1197 et 1198. Le Barreau du Québec avait souligné l'importance de retenir le critère de la faute en matière d'abus de droit. Barreau du Québec, *Mémoire du Barreau du Québec sur le C.c.Q. (P.L. 125) Livre 1 : Des personnes*, août 1991.

108. J.-L. Baudouin, *supra* note 50 au no 161 à la p. 108; C. Masse, *supra* note 56 au no 31 à la p. 259.

référant à un comportement raisonnable.¹⁰⁹ Les propos de M. le juge Gendreau de la Cour d'appel en font foi : «Cela dit, je ne crois pas, sauf preuve d'une conduite fautive, que la théorie de l'abus de droit autorise un contractant à faire mettre de côté ou à demander de rendre inopérante une disposition contractuelle à laquelle il a validement consenti.»¹¹⁰

Toutefois, cette prise en considération par la Cour d'appel du but du contrat nous permet d'entrevoir un élargissement du critère du caractère déraisonnable d'un droit tout en demeurant dans le cadre de la faute. Il nous apparaît que l'examen qui est fait porte avant tout sur le comportement, mais que l'on tiendra compte pour évaluer le caractère abusif de ce comportement d'un critère objectif, en l'occurrence le but de contrat. C'est dans cette optique que le critère de la finalité du droit a été retenu récemment.¹¹¹ Dans cette affaire, le ministère du Revenu, afin de recouvrir une créance contre une compagnie insolvable, a usé de menaces pour d'obtenir par une voie détournée un cautionnement de la part d'une des actionnaires de la compagnie. Le tribunal constate que, même si les moyens de pression exercés pouvaient être légitimes, le but, lui, ne l'était pas, car l'actionnaire n'avait aucunement l'obligation de se rendre personnellement responsable des dettes de la compagnie. Dans cette affaire toutefois, même si l'on a considéré un critère objectif, la preuve démontre que l'on a également tenu compte du comportement du demandeur qui, aux dires du tribunal, était empreint de mauvaise foi et de malice. Il ne s'agit donc pas d'un cas de responsabilité sans faute.

109. À titre d'exemples, notamment : *Banque Nationale du Canada c. Morneau*, [1994] R.R.A. 944 (C.S.); *Standard Broadcasting Corp. c. Stewart*, [1994] R.J.Q. 1751 (C.A.); *Banque de Nouvelle-Ecosse c. Exarhos*, [1995] R.R.A. 4 (C.A.); *Vachon c. Lachance*, [1994] R.J.Q. 2576 à la p. 2579; *Équipements E. Lamontagne ltée c. Équipements Belarus du Canada ltée*, (3 octobre 1994), Roberval 155-05-000189-937, J.E. 94-1684 (C.S.); *Banque Royale du Canada c. Papaspyrou*, J.E. 94-791 (C.S.). *Contra* : le juge Chouinard, s'exprimant au nom de la Cour d'appel est d'avis que l'abus de droit contractuel est maintenant reconnu même en l'absence de faute. *E. et S. Salsberg Inc. c. Dylex Ltd.*, [1992] R.J.Q. 2445 (C.A.) Dans une autre affaire, on a retenu comme critère celui du comportement inéquitable. *Martin c. Trizec Equities Ltée*, (18 juin 1992), Montréal 500-05-006724-866, J.E. 92-1262 (C.S.). Ces décisions sont restées isolées.

110. *Sofati ltée c. Laporte*, *supra* note 105 à la p. 325 (C.A.).

111. *Québec (sous-ministre du revenu) c. Caron*, [1992] R.J.Q. 1084 (C.S.).

2.4 La fonction adaptative

La fonction adaptative de la bonne foi s'illustre principalement à travers la théorie de l'imprévision.¹¹² Elle permet de modifier un contrat et de le rééquilibrer lorsque des circonstances imprévues viennent en cours de route modifier les règles du jeu et qu'il ne correspond plus à l'intention initiale des parties. Un auteur a su démontrer que le principe de la bonne foi donnait ouverture à la réception de la théorie de l'imprévision et qu'il en était le fondement.¹¹³

«La bonne foi veille à ce que le contrat réponde aux attentes réciproques des parties contractantes; elle pèse les intérêts en présence, elle tient compte de la situation particulière de chacun et requiert la collaboration dans la réalisation des objectifs que les parties se sont fixés.»¹¹⁴

Au niveau de la formation du contrat, la fonction adaptative de la bonne foi intervient lorsqu'il est question de clauses abusives. Le Code civil, à l'article 1437, réprime dans les contrats d'adhésion et les contrats de consommation, les clauses abusives. Il permet alors au juge de réviser à la baisse ou d'annuler une clause qui est excessive et déraisonnable et qui va à l'encontre de la bonne foi. Il est alors question de la fonction limitative de la bonne foi. La bonne foi limite la liberté contractuelle en modifiant en partie un contrat et en ne donnant pas effet à toutes ses clauses.

A priori, on pourrait prétendre que le caractère excessif et déraisonnable doit être examiné uniquement en tenant compte de la situation des parties lors de la conclusion du contrat et considérer les clauses abusives comme étant une

112. De façon générale, cette doctrine n'est pas admise en droit québécois. Le principe général de la bonne foi pourrait toutefois permettre de la reconnaître. J.-L. Baudouin, *supra* note 20 aux n^{os} 424 et 425 aux pp. 244-245. Voir également pour l'utilité de la notion de bonne foi dans la reconnaissance de la théorie de l'imprévision : S. Martin, «Pour une réception de la théorie de l'imprévision en droit positif québécois», (1993) 34 *C. de D.* 599 à la p. 624.

113. D. M. Philippe, *Changements de circonstances et bouleversements de l'économie contractuelle*, Bruxelles, Bruylant, 1986. Voir également : Y. Picod, *supra* note 2 aux pp. 212 et s.

114. D. M. Philippe, «Rapport belge - La bonne foi dans la formation des contrats», dans Travaux de l'Association Henri Capitant, *La bonne foi*, (Journées Louisianaises 1992), t. XLIII, Paris, Litec, 1994 à la p. 64.

illustration de la fonction limitative attribuée à la bonne foi. On ne voit alors aucun lien entre les clauses abusives et la fonction adaptative de la bonne foi. Toutefois, l'examen de la jurisprudence révèle cependant une toute autre réalité. Afin d'établir si une clause est déraisonnable ou non, les tribunaux ne tiennent pas uniquement compte de la situation des parties lors de la conclusion du contrat, mais tiennent également compte des conséquences de ladite clause sur la situation du cocontractant (au moment où l'action est intentée).¹¹⁵ Ainsi, dans certains cas, ils adaptent le contrat en fonction d'une situation qui n'existait pas lors de la conclusion du contrat. Le caractère excessif ou déraisonnable dépend donc souvent de faits postérieurs à la formation du contrat, tout comme c'est le cas en matière d'imprévision.

On peut s'interroger sur la légalité d'une telle démarche. Selon nous, le caractère abusif d'une clause à un contrat est une question concernant la formation du contrat et devrait s'analyser par rapport à cette époque. En effet, si le législateur permet au juge d'intervenir en matière de clause abusive, c'est parce que l'une des parties au contrat n'a pas eu l'opportunité de faire valoir ses droits lors de la négociation du contrat et qu'elle a dû accepter cette clause. Vu le déséquilibre des forces en présence, la partie forte a su dicter sa loi. La jurisprudence, en tenant compte d'éléments postérieurs à la conclusion du contrat, traite les clauses abusives comme étant une question d'exécution du contrat. Ceci a pour conséquence d'occasionner une révision du contrat et de donner un certain effet à la théorie de l'imprévision qui, à ce jour, n'est pas reconnue formellement en droit québécois.

Ainsi, malgré le fait que l'on puisse s'interroger sur la légitimité de ce processus, force est de constater que les agissements de la jurisprudence reconnaissent en matière de formation des contrats une fonction adaptative à la bonne foi.

En conclusion, cet exercice a révélé que la bonne foi n'est pas une notion monolithique. On la conçoit principalement dans notre droit soit comme une croyance erronée, soit comme une norme de comportement et on lui attribue

115. À titre d'illustrations : *151276 Canada inc. c. Verville*, [1994] R.J.Q. 2950 (C.S.); *Société générale Beaver inc. c. Métaux ouvrés St-Philippe inc.*, (19 juillet 1994), Montréal 500-05-016209-924, J.E. 94-1295 (C.S.), (en appel); *Janin Construction (1983) ltée c. Régie d'assainissement des eaux du bassin de Laprairie*, (23 septembre 1994), Montréal 500-05-008375-907, J.E. 94-1559 (C.S.), (en appel).

plusieurs fonctions. On a de plus constaté que la bonne foi ne s'analyse pas uniquement en fonction de son élément psychologique ou intentionnel. Elle tend à rejoindre le standard d'évaluation du comportement de la responsabilité civile qui est celui de la personne raisonnable, ce qui introduit dans son appréciation des considérations d'ordre moral. C'est une chose que d'être de bonne foi et c'en est une autre que d'agir conformément à la bonne foi. La bonne foi se dissocie donc de l'intention pour revêtir un aspect plus objectif.

RDUS

Revue de DROIT
UNIVERSITÉ DE SHERBROOKE

Titre : LA CONVENTION COLLECTIVE ET L'OBLIGATION DE NÉGOCIER DE
BONNE FOI : LES LEÇONS DU DROIT DU TRAVAIL

Auteur(s) : Jean-Pierre VILLAGGI

Revue : RDUS, 1995-1996, volume 26, numéro 2

Pages : 355-376

ISSN : 0317-9656

Éditeur : Université de Sherbrooke. Faculté de droit.

URI : <http://hdl.handle.net/11143/12867>

DOI : <https://doi.org/10.17118/11143/12867>

Page vide laissée intentionnellement.

LA CONVENTION COLLECTIVE ET L'OBLIGATION DE NÉGOCIER DE BONNE FOI : LES LEÇONS DU DROIT DU TRAVAIL

par Jean-Pierre VILLAGGI*

SOMMAIRE

1-	L'obligation de négocier de bonne foi : une obligation de moyen	358
2-	L'obligation de négocier de bonne foi : une obligation de résultat?	362
A-	L'obligation de divulguer ses projets	362
B-	L'obligation de fournir l'information demandée	367
C-	L'objet des demandes	370
	Conclusion	375

*. Avocat et professeur au Département des sciences juridiques de l'Université du Québec à Montréal. La recherche utilisée pour la première partie de cette conférence a déjà fait l'objet d'une publication dans : G. Trudeau, G. Vallée et D. Veilleux (dir.), *Études en droit du travail*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1995, aux pp. 369-410. Le présent texte, bien qu'il constitue une version adaptée de ce texte, reprend pour l'essentiel l'information qui y était contenue.

L'obligation de négocier de bonne foi dans le cadre de la convention collective¹ a été imposée par le législateur dans le but de tempérer le possible déséquilibre inhérent à la situation économique respective des parties.² Elle a été imposée aussi de façon à garantir que le jeu de la négociation collective atteigne son véritable objectif, en obligeant les parties à se livrer à une véritable négociation.³

Cette obligation dont le contenu réel demeure à plusieurs égards énigmatique⁴ a toujours été perçue comme une obligation de moyen. Toutefois l'évolution de la jurisprudence, parfois dans des contextes particuliers, a eu pour conséquence, nous semble-t-il, de faire de cette obligation, en certaines circonstances, une véritable obligation de résultat. C'est sur ce constat que nous élaborerons.

Ainsi dans un premier temps, nous décrirons le comportement général que les parties doivent adopter pour se conformer à cette obligation. Dans un deuxième temps, nous verrons comment cette obligation est mise en oeuvre dans certaines situations particulières. Nous découvrirons alors que cette obligation a de multiples facettes qui peuvent à la rigueur intéresser l'interprète du droit civil.

-
1. Le deuxième alinéa de l'article 53 du *Code du travail*, L.R.Q., c. C-27 du Québec dispose que «[l]es négociations doivent commencer et se poursuivre avec diligence et bonne foi». Cette obligation s'impose tant à l'employeur qu'à l'association accréditée.
 2. Voir : A. Cox, «The Duty to Bargain in Good Faith», (1958) 71 *Har. L. Rev.* 1401, plus spécifiquement aux pages 1407-1409. Les propos de l'auteur concernent l'application de la législation américaine. Ils conservent cependant toute leur pertinence dans le contexte québécois.
 3. A. Cox, *id.*, ajoute également que cette obligation de négocier de bonne foi oblige l'employeur à reconnaître le syndicat comme un interlocuteur valable et qu'elle consacre le rôle de la négociation collective au détriment de la négociation individuelle.
 4. De plus, elle a malheureusement au Québec peu d'effets pratiques : F. Morin, *Rapports collectifs du travail*, 2e éd., Montréal, Éditions Thémis, 1991, à la p. 431.

1- L'obligation de négocier de bonne foi : une obligation de moyen

Le développement de la jurisprudence québécoise⁵ a surtout été consacré à des questions de procédure dans un contexte pénal. Malheureusement, l'énergie consacrée à ces questions a eu pour effet de retarder l'ébauche de critères permettant de mieux saisir le contenu de l'obligation de négocier de bonne foi. En effet, le Code du travail du Québec (l'actuel article 141) sanctionne par voie pénale le défaut d'un employeur, qui a reçu l'avis prescrit par la loi, de reconnaître comme représentants de salarié à son emploi les représentants d'une association de salariés *ou* de négocier de bonne foi avec eux une convention collective de travail.

La première décision marquante fut rendue en 1961 par la Cour des sessions de la paix dans l'affaire *Syndicat des employés de l'alimentation et du commerce de St-Anselme c. Coopérative Dorchester*.⁶ Bien que rendue en 1961, cette décision n'a été publiée qu'en 1969. La Cour des sessions de la paix décida qu'il ne pouvait y avoir une infraction pour défaut de négocier de bonne foi lorsque les parties ne s'étaient pas rencontrées. La présence physique des parties et la rencontre intellectuelle des parties sont dans cet esprit des conditions préalables nécessaires avant qu'un tribunal puisse décider si une partie a fait défaut de respecter son obligation de négocier de bonne foi. En l'espèce, l'employeur avait fait défaut de se présenter à une séance de négociation après qu'il eut reçu l'avis prévu par la loi. Pour la Cour des sessions de la paix, la plainte appropriée était une plainte pour défaut de reconnaître.

En 1975, la Cour supérieure,⁷ cassant une décision rendue par le Tribunal du travail, décida que le défaut d'assister à une séance de négociation ne constituait pas nécessairement un défaut de reconnaître l'association accréditée. Ce comportement pouvait selon les circonstances équivaloir à un

5. *Id.*, aux pp. 434-442. R.P. Gagnon, L. Lebel et P. Verge, *Droit du travail*, 2e éd., Sainte-Foy, Les Presses de l'Université Laval, 1991, aux pp. 504-508.

6. [1969] R.D.T. 292 (C.S.P.).

7. *Commission scolaire régionale des Vieilles Forges c. Martineau*, C.S. Trois-Rivières, no 400-27-2026-75, infirmant *Martineau c. Commission scolaire régionale des Vieilles Forges*, [1975] T.T. 337, tel que cité par R. Gagnon, L. Lebel et P. Verge, *op. cit.*, note 5, à la p. 506

défaut de négocier de bonne foi. La nature de ces circonstances n'était cependant pas précisée. Cette approche a été raffinée un peu plus par le Tribunal du travail en 1980 dans l'affaire *Desrochers c. Forum de Montréal Inc.*⁸ : le défaut de l'employeur de se présenter à certaines des séances de négociation et non à toutes devait être sanctionné comme défaut de commencer ou de poursuivre les négociations conformément à l'article 53 du *Code du travail*. Selon cette décision l'infraction «générale» de négocier de bonne foi se décompose en quatre obligations distinctes⁹ : le défaut de reconnaître, le défaut de commencer de négocier, le défaut de poursuivre les négociations avec diligence et finalement le défaut de négocier de bonne foi proprement dit. Plus récemment, le Tribunal du travail jugeait cependant qu'il n'existe qu'une seule obligation, soit celle de négocier avec diligence et de bonne foi.¹⁰

Cette perspective étroite a grandement limité l'élaboration du contenu normatif de l'obligation de négocier de bonne foi. On peut malgré tout en définir le contenu général. L'obligation de négocier de bonne foi peut globalement être définie «comme la recherche par les deux parties de solutions dans une volonté positive d'entente».¹¹ Elle ne comporte pas, cependant, l'obligation de conclure une convention collective. Elle n'empêche pas, non plus, qu'il y ait de la part d'une partie «marchandage, exagération ou dissimulation tactique». Elle n'empêche pas, enfin, la «négociation serrée».¹² Le concept de bonne foi exclut cependant la négociation de façade. Le juge Dickson, alors dissident sur le fond,

8. [1980] T.T. 462.

9. Tel que le rapportent les auteurs R.P. Gagnon, L. Lebel et P. Verge, *op. cit.*, note 5, à la p. 506.

10. *North Island Laurentian Teacher's Union c. Commission scolaire Laurenval*, [1981] T.T. 237. Dans le même esprit on peut lire aussi *Projectionnistes de vues animées de Montréal de l'Alliance internationale des employés de théâtre et des opérateurs de machines à vues animées, local 262, agissant par Gerry Dennis c. Compagnie France Film*, [1984] T.T. 374.

11. R.P. Gagnon, L. Lebel et P. Verge, *op. cit.*, note 5, aux pp. 499-500. Les auteurs font alors référence à la décision *Nunez c. Lloyd's Electronics Limitée*, [1978] T.T. 193, à la p. 199. La citation complète est la suivante : «L'obligation imposée aux deux parties, l'employeur et l'association accréditée, de négocier de bonne foi implique un comportement de nature à engager une discussion (ou négociation positive) "en vue de conclure une convention collective de travail", une recherche apparente de solutions bilatérales et synallagmatiques, une attitude démontrant un effort véritable et réel d'entente.»

12. R.P. Gagnon, L. Lebel et P. Verge, *op. cit.*, note 5, aux pp. 500-502.

s'exprimait ainsi dans la décision *Syndicat canadien de la fonction publique c. Conseil des relations du travail (N.-E)*¹³ :

«La négociation serrée n'est pas une violation de l'obligation parce qu'elle comporte une intention véritable de poursuivre les négociations collectives et de conclure une convention. Par contre, on dit qu'une partie pratique la "négociation de façade" lorsqu'elle feint de vouloir conclure une convention alors qu'en réalité elle n'a pas l'intention de signer une convention collective et elle souhaite détruire les rapports de négociation collective. La négociation de façade est une infraction à la Loi à cause de ses objectifs irréguliers. La ligne de démarcation entre la négociation serrée et la négociation de façade est tenue.»

De plus, une partie ne peut en cours de négociation de la convention collective refuser de discuter d'un objet rattaché aux conditions de travail.¹⁴ L'attitude canadienne à l'égard des objets susceptibles de négociation est bien résumée par les propos suivants :

«We see no reason why the subject matter of bargaining should not include anything that is not contrary to law. As to tactics, the highest duty that should reasonably be placed on either party to a bargaining situation, in which each has a claim to preserve its freedom respecting its bargaining position, is to state its position on matters put in issue. But we cannot envisage such a duty being amenable to legal enforcement, except perhaps to the extent of an obligation to meet and exchange positions. We wish to make it clear that we do not condone minimal adherence to the standards of good faith bargaining. Our concern is to avoid writing into the law standards that are unenforceable or that could encourage either minimum bargaining or litigation.»¹⁵

13. [1983] 2 R.C.S. 311, à la p. 341. Cet extrait est cité par les auteurs R.P. Gagnon, L. Lebel et P. Verge, *op. cit.*, note 5, aux pp. 502-503.

14. Voir par exemple : *Consolidated Bathurst Packaging Ltd. and International Woodworkers of America, Local 2-69*, (1984) 4 C.L.R.B.R. (n.s.) 178, aux pp. 213-214 (Ontario); *Governing Council of the University of Toronto (Royal Conservatory of Music) c. Royal Conservatory of Music Faculty Association*, (1986) 11 C.L.R.B.R. (n.s.) 219 (Ontario).

15. *Canadian Association of Industrial, Mechanical and Allied Workers and Noranda Metal Industries Limited*, (1975) 1 C.L.R.B.R. 145, à la p. 159 (British Columbia), où le tribunal cite des passages du Rapport Woods sur les relations de travail (1968).

Cette approche est respectée par le législateur québécois . En droit québécois, les parties sont libres de négocier tout objet relié aux conditions de travail. Cette notion de conditions de travail a de plus été interprétée très largement. Elle comprend toutes les questions qui se rapportent aux relations de travail.¹⁶ Ni l'employeur, ni l'association accréditée ne peut donc refuser de négocier certaines clauses d'un projet de convention collective dès lors que ces clauses portent sur les conditions de travail. Un tel refus irait à l'encontre de l'obligation de négocier de bonne foi.¹⁷

16. On peut lire sur cette question F. Morin, *op. cit.*, note 4, aux pp. 425-430; R.P. Gagnon, L. Lebel et P. Verge, *op. cit.*, note 5, aux pp. 522-525.

17. *Burke et Gasoline Station Limited*, [1973] T.T. 13. Le tribunal s'exprime comme suit à la page 22 : «Il est évident que le refus par elle...(l'intimée-employeur)...de discuter des clauses du projet de convention collective pour ne s'en tenir qu'au décret existant constitue une attitude contraire à la loi et à une négociation de bonne foi.» Voir aussi : *Projectionnistes de vues animées de Montréal de l'Alliance internationale des employés de théâtre et des opérateurs de machines à vues animées, local 262, agissant par Gerry Dennis c. Compagnie France film*, précité, note 10, où le tribunal s'exprime comme suit à la page 379 : «Il n'y a pas concertation ni négociation de bonne foi si une partie se retranche dans ses droits de gérance ou ses revendications syndicales sans aucune ouverture ou disponibilité à l'égard de l'autre partie.» On peut lire également : D.D. Carter, «The Duty to Bargain in Good Faith : Does it Affect the Content of Bargaining?», dans K.P. Swan et K.E. Swinton (dir.), *Studies in Labour Law*, Toronto, Butterworths, 1983, aux pp. 35-53, à la p.40, où l'auteur reproche à certaines commissions de relations du travail canadiennes de ne pas scruter suffisamment le comportement de l'employeur et d'accepter des comportements qui ressemblent plus à une négociation de surface qu'à une véritable négociation.

2- L'obligation de négocier de bonne foi : une obligation de résultat?

Les concepts précédents permettent de fixer les balises de cette obligation de négocier de bonne foi. Toutefois cette obligation prend sa véritable perspective en matière de négociation collective dans des contextes particuliers. Nous avons choisi d'illustrer nos propos à partir de trois situations particulières. En premier lieu, nous discuterons de l'obligation qui incombe à l'employeur, en certaines circonstances, de divulguer spontanément ses projets. En second lieu, nous nous demanderons si l'employeur doit fournir à l'association accréditée toute l'information demandée dans le cadre d'une négociation collective. Enfin, nous discuterons de la délicate question soulevée récemment par la Cour suprême : l'objet d'une demande peut-il constituer en soi la démonstration de l'absence de bonne foi dans la cadre de la négociation d'une convention collective.

A- L'obligation de divulguer ses projets

L'employeur a-t-il l'obligation de divulguer spontanément ses projets dans le cadre de la négociation d'une convention collective? Cette question comporte de multiples facettes. Elle n'est pas facile à résoudre puisque l'employeur peut envisager plusieurs possibilités qui n'auront pas toutes le même impact sur l'entreprise. Il se peut aussi que certains de ces projets ne soient jamais réalisés. L'employeur se trouverait dans ces circonstances à ouvrir la négociation sur des questions inutiles.

Le Tribunal du travail du Québec a abordé cette question globalement. Il s'exprimait ainsi dans le contexte particulier de changements technologiques entraînant un licenciement :

«Un employeur a le devoir d'assurer la rentabilité de l'entreprise, et, s'il y a lieu, de procéder à une certaine automatisation de ses procédés. Mais, alors qu'il est soumis à l'obligation de négocier de bonne foi une convention collective de travail, il n'a pas le droit de procéder en catimini et de conclure seul à l'automatisation complète de ses opérations pour procéder au licenciement de tous les salariés composant l'unité de négociation en se contentant du haut de son autorité d'informer le syndicat du fait accompli tout en ajoutant à ce

malheur la déclaration plutôt cynique qu'il ne peut y avoir alors «aucun intérêt à négocier un renouvellement de convention collective.

Ce n'est pas ce que la loi entend par négociation de bonne foi.

L'employeur devait rencontrer les représentants syndicaux pour examiner avec eux son analyse de la rentabilité de l'entreprise et les moyens et remèdes appropriés pour tenter de concilier les exigences économiques de rentabilité et le bien-être des salariés qui, eux aussi, faisaient partie de l'entreprise.»¹⁸

Les tribunaux canadiens ont eu l'occasion d'étayer davantage leur point de vue. Dans un premier temps, ils ont limité l'obligation de divulguer spontanément l'information aux questions qui ont un impact direct sur l'unité de négociation. Ainsi, l'obligation de divulguer ne concerne pas la décision qui n'a que des incidences financières. Cette préoccupation est fondée sur la nature compétitive de notre économie et les exigences qu'elle impose aux administrateurs.

La Commission ontarienne des relations du travail disait sur cette question :

«More often than not, however, these considerations do not manifest themselves in hard decisions. For one reason or another, plans are often discarded in the conceptual stage or are later abandoned because of changing environmental factors. The company's initiation of an open-ended discussion of such imprecise matters at the bargaining table could have serious industrial relations consequences. The employer would be required to decide in every bargaining situation at what point of his planning process he must make an announcement to the trade union in order to comply with ... [the law] ... Because the announcement would be employer initiated and because plans are often not transformed into decisions, the possibility of the union viewing the employer's announcement as a threat (with attendant

18. *Projectionnistes de vues animées de Montréal de l'Alliance internationale des employés de théâtre et des opérations de machines à vues animées, local 262, agissant par Gerry Dennis c. Compagnie France Film*, précité, note 10, à la p. 379.

litigation) would be created. If not seen as a threat the possibility of employee overreaction to a company initiated announcement would exist. A company initiated announcement, as distinct from a company response to a union inquiry may carry with it an unjustified perception of certainty. The collective bargaining process thrusts the parties into a delicate and often difficult interface. Given the requirement upon the company to respond honestly at the bargaining table to union inquiries with respect to company plans which may have a significant impact on the bargaining unit, the effect of requiring the employer to initiate discussion on matters which are not yet decided within his organization would be of marginal benefit to the trade union and could serve to distort the bargaining process and create the potential for additional litigation between parties.»¹⁹

Dans un deuxième temps, seuls les projets rendus «de facto» à l'étape de la décision finale doivent être dévoilés.²⁰ Cette notion fut comprise comme suit :

«To the extent that a final decision has not been made it would, for the reasons expressed in that decision, be contrary to positive industrial relations to require the employer to disclose its tentative thinking to the trade union that represents its employees. Things uncertain and which may never come to be need not necessarily be the subject of bargaining.»²¹

Le principal argument à l'encontre de cette approche est qu'elle incite l'employeur à ne prendre aucune décision majeure tant et aussi longtemps que les parties négocient et que la convention collective n'est pas signée.²² De plus,

19. *United Electrical, Radio & Machine Workers of America and its Local 504 c. Westinghouse Canada Limited*, [1980] 2 Can L.R.B.R. 469 (Ontario), aux pp. 488-489.

20. *Id.*, p. 489.

21. *Amoco Fabrics Ltd. c. International Woodworkers of America, Local 2-600*, [1982] 2 Can. L.R.B.R. 305 (Ontario), à la p. 316. Pour une application récente de ce principe, on peut lire : *Metropolitan Life Insurance Company and International Union of Operating Engineers, local 796*, [1989] 2 C.L.R.B.R. (2d) 71 (Ontario); *Plaza Fiberglass Manufacturing Limited c. United Steel Workers of America*, (1990) 6 C.L.R.B.R. (2d) 174 (Ontario).

22. Voir : *Consolidated Bathurst Packaging Ltd. c. International Woodworkers of America, Local 2-69*, précité, note 14. À l'appui de cet argument les représentants syndicaux invoquaient notamment la décision *Sunnycrest Nursing Home Ltd c. Canadian Union of*

en pratique, il est difficile de déterminer à partir de quel moment l'employeur doit divulguer ses projets si on n'établit pas au préalable un critère relativement précis. Par exemple, si l'employeur envisage un changement structurel dans l'entreprise, à quelle étape cette perspective est-elle suffisamment élaborée pour que l'employeur soit tenu de divulguer son projet? Est-ce qu'une recommandation favorable au projet, de la part des responsables de la planification de l'entreprise, est suffisante? Qu'en est-il si le conseil d'administration n'a pas étudié le projet? S'il en a différé la mise à exécution? Qu'en est-il si le document d'étude contient des renseignements confidentiels dont la connaissance par un concurrent, des clients ou un fournisseur serait préjudiciable à l'entreprise?

Cette approche issue de la Commission ontarienne des relations du travail fut quelque peu nuancée.²³ La Commission ontarienne fut invitée à considérer que l'employeur avait aussi une obligation de divulgation spontanée lorsque la décision peut avoir un impact important sur les salariés.²⁴

Public Employees, [1982] 2 Can L.R.B.R. 51 (Ontario), où la Commission ontarienne affirmait que ce serait une forme de fausse représentation que d'inciter une partie à signer une convention collective sans l'informer que des événements prévisibles pourraient en modifier grandement la portée. Dans cette affaire, l'employeur, en cours de négociation de la première convention collective, négociait parallèlement une entente avec un sous-contractant. Dès la signature de la convention collective, l'employeur transféra une partie de ses activités au sous-traitant, ce qui eut pour effet d'éliminer une partie des emplois visés par l'accréditation. La Commission décida qu'une telle attitude motivée, non par des impératifs économiques, mais par l'objectif d'éviter la négociation collective, était contraire à l'obligation de négocier de bonne foi. La Commission devait conclure que cette situation était visée par la décision *Westinghouse*, précitée, note 20.

23. *Consolidated Bathurst Packaging Ltd. c. International Woodworkers of America, Local 2-69*, précité, note 14. Dans cette affaire, l'employeur et le syndicat avaient négocié avec succès le renouvellement de la convention collective. Au cours de cette négociation, le syndicat avait tenté de convaincre l'employeur de changer les dispositions de la convention collective portant sur les mises à pied en cas de fermeture d'usine. L'employeur s'était opposé à cette demande. Quelques semaines après la signature de la convention collective, l'employeur annonçait son intention de mettre fin à une partie de ses opérations. Le syndicat saisit alors la Commission ontarienne des relations du travail.

24. «(...) Seriously considering an action which if carried out will have a serious impact on employees», *id.*, à la p. 200. Cet argument avancé par la partie syndicale se fondait notamment sur deux articles de doctrine critiquant l'approche de la Commission : B.A. Langille, «Equal Partnership in Canadian Labour Law», (1983) 21 *Osgoode Hall L. J.* 496; M.J MacNeil, «Plant Closing and Workers' Rights», (1982) 14 *Ott. L. R.* 1. On référerait

L'expression «de facto » fut donc ultérieurement comprise comme voulant dire que la décision est prête à être mise à exécution.

Cette approche a été retenue dans plusieurs décisions.²⁵ Les tribunaux ont rappelé que cette obligation imposée à l'employeur n'est pas si contraignante qu'il y paraît . Par exemple, on peut lire :

«We do not think the duty to bargain about a major subcontracting decision imposes an unreasonable or unfair burden upon the employer involved. It does not unduly restrain him from formulating or implementing an economic decision to terminate a phase of his business operations, nor does it obligate him to yield to a union's demand that the subcontract should not be let, or should be let on terms inconsistent with management business judgment. The duty to bargain is not a duty to agree. It is a requirement to engage in a full and frank discussion with employees' representatives, and make a *bona fide* effort to explore alternatives [...] experience has shown that candid discussion about mutual problems by labour and management frequently result in their resolution with attendant benefit for both sides.»²⁶

Soulignons que cette approche a fait l'objet d'une sévère critique.²⁷ Cette approche se fonde principalement sur le postulat que la discussion de projets encore hypothétiques, en cours de négociation, ne peut qu'avoir des effets désastreux sur les relations du travail. Ce postulat repose à son tour sur l'idée que des projets mettant en cause l'avenir de l'entreprise ne concernent pas ses travailleurs, et que ceux-ci n'ont donc pas intérêt à en être informés. Un auteur a bien résumé les limites de ce postulat. Il s'exprimait ainsi :

également le tribunal à la jurisprudence et à la doctrine américaine, à savoir : *Ozark Trailers Inc.*, (1967) 26 N.L.R.B. 871, et J.B. McArthur, «Notes. Enforcing the N.L.R.A. : the Needs for a Duty to Bargain Over Partial Plant Closings», (1982) 60 *Tex. L. Rev.* 279.

25. Voir notamment les décisions citées aux notes 20 et 21. Pour une décision plus récente, on peut lire : *Hotel Employers and Restaurant Employees, Local 767 and 603195 Saskatchewan Ltd.*, (1995) 25 C.L.R.B.R. (2d.) 137, à la p. 153 (Saskatchewan Labour Relation Board).

26. *Sunnycrest Nursing Homes Limited and Canadian Union of Public Employees*, précité, note 22, à la p. 64.

27. B.A. Langille, *loc. cit.*, note 24.

«The reason for not requiring to give notice that this type of decision is being considered is said to be that notice would be of marginal benefit to the trade union and would only serve to distort the bargaining process. The board seems misguided in its approach. Firstly, it is acting upon the assumption that the union has and should have no say in the decision-making process. Secondly, it fails to see that rather than distorting the bargaining process, such information rationalizes the process. Both parties should bargain from positions where they each can at least understand the goals and limitations of the other. The bargaining process is distorted if this information is known by only one party. Furthermore, even if the union cannot by reason of inexperience effectively provide useful input into the decision-making process, it will have a greater opportunity to protect the interests of its members by including provisions in the agreement to help through the transition process. By forcing the employer clearly to realize its duty toward the employees that will be affected by a decision to alter operations, the union can help internalize the social costs of the decision.»²⁸

Si l'employeur est tenu de divulguer, dans le cadre d'une négociation collective, les décisions fermes qui affectent l'unité de négociation, qu'en est-il des décisions ayant d'autres effets? Est-il tenu de fournir l'information demandée aux représentants syndicaux?

B- L'obligation de fournir l'information demandée

La Commission ontarienne des relations du travail affirmait que l'employeur était tenu de fournir à l'association syndicale des renseignements sur ses projets si elle lui en faisait la demande.²⁹ Cette obligation suppose que

28. M.J. MacNeil, «Plant Closings and Workers' Rights», (1982) 14 *Ott. L. R.* 1, à la p. 24, rapporté par B. Langille, *loc. cit.*, note 24, à la p. 520.

29. Il faut noter que la Cour suprême du Canada a déjà dit, implicitement, que l'obligation de négocier n'obligeait pas l'employeur à «ouvrir ses livres» aux représentants syndicaux : *Marshall-Wells Company Limited c. Retail Wholesale and Department Store Union, Local no. 454*, [1956] R.C.S. 511. On peut lire, pour un bref commentaire sur cette décision et le caractère maintenant dépassé de cette approche : B. Bemmels, E.G. Fisher et B. Nyland, «Canadian-American Jurisprudence on "Good-Faith" bargaining» (1986) 41 *Rel. Ind.* 596, à la p. 603.

l'employeur réponde honnêtement aux questions qui lui sont posées.³⁰ Ce principe se justifiait ainsi : «A request identifies the union's interest in specific information and thus permits a discussion by the parties on the relevance of the data. The requirement of a request also sharpens a disclosure obligation.»³¹

L'étendue exacte de cette obligation est toutefois encore mal cernée au Canada. Cependant, on peut se permettre de fixer les balises de cette obligation à l'égard de trois composantes. La première concerne la demande de renseignements sur les conditions d'emploi. Il est acquis, en droit canadien, que l'employeur est tenu de fournir l'information factuelle et les données reliées à l'emploi³² : salaires, coûts des assurances, études sur les coûts d'assurance, études sur les avantages sociaux, etc. L'information sur ces sujets est essentielle

30. *United Electrical, Radio & Machine Workers of America and its Local 504 and Westinghouse Canada Limited*, précité, note 20, à la p. 488. B. Langille, *loc. cit.*, note 24, résumait ainsi les trois principes de l'arrêt *Westinghouse* : «1- That decisions actually taken must be revealed by the employer *on its own initiative*, otherwise the employer is in breach of the duty. 2- That decisions contemplated but not finally taken need not be revealed on the employer's initiative. Failure to reveal is not a breach of the duty. 3- That the employer must respond truthfully to questions from the union about any unfinalized plans.» (à la p. 518)

31. *Consolidated Bathurst Packaging Ltd and International Woodworkers of America, Local 2-69*, précité, note 14, aux pp. 215-216. Mentionnons que dans l'affaire *Saskatchewan and S.G.E.U.*, (1990) 5 C.L.R.B.R. (2d) 254 (Saskatchewan), le tribunal résumait le principe ainsi : « More specifically, it is generally accepted that when asked an employer is obligated : [...] (c) to inform the union during negotiations of decisions already made which will be implemented during the term of a proposed agreement and which may have a significant impact on the bargaining unit; and (d) to answer honestly whether it will probably implement changes during the term of a proposed agreement that may significantly impact on the bargaining unit. This obligation is limited to plans likely to be implemented so that the employer maintains a degree of confidentiality in planning, and because premature disclosure of plans that may not materialize could have an adverse effect on the employer, the union and the employees.» (à la p. 262) On peut lire aussi pour une décision plus récente où on réitère ces principes : *Saskatchewan Health-Care Ass'n and C.U.P.E.*, (1994) 20 C.L.R.B.R. (2d) 61, à la p. 75 (Saskatchewan).

32. *Consolidated Bathurst Packaging Ltd and International Woodworkers of America, Local 2-69*, précité, note 14, à la p. 222. On peut lire aussi sur cette question : *United Electrical, Radio and Machine Workers of America and De Vilbiss (Canada) Limited*, [1976] 2 C.L.R.B.R. 101 (Ontario); *Northwest Merchants Ltd and Retail Clerks Union, Local 109*, (1983-84) 4 C.L.R.B.R. (n.s.) 358 (Ontario); *Saskatchewan and S.E.G.U.*, précité, note 31; *Saskatchewan Health-Care Ass'n and C.U.P.E.*, précité, note 31; ainsi que les propos de : M. Bendel, «A Rational Process of Persuasion : Good Faith Bargaining in Ontario», (1980) 30 *U. of T. L.J.* 1, à la p. 25, et B. Bemmels, E.G. Fisher et B. Nyland, *loc. cit.*, note 29, aux pp. 602-603.

si on ne veut pas altérer complètement le processus de négociation. En second lieu, l'employeur a également l'obligation de fournir un renseignement lorsque ce dernier est nécessaire pour comprendre une de ses revendications où sa réponse à une revendication de la partie syndicale.³³ Enfin, une partie ne peut se servir d'une situation de négociation collective et utiliser ses propres revendications comme prétexte pour forcer l'autre partie à lui communiquer des renseignements dénués de pertinence. Ainsi :

«Nor is the board prepared to hold that the duty to disclose is coextensive with the scope of the duty to bargain so that any request for information reasonably related to any proposal by the party initiating that proposal must be fulfilled. Information disclosure is one step removed from bargaining proposals. The Board's approach represents a balancing of *voluntarism* at the bargaining table (i.e., allowing a broad scope to parties wishing to address specific issues in a collective agreement) and of the *compulsion* to disclose information imposed on one party in negotiations. Apart from existing terms and conditions of employment (wages, benefits, classification structures, etc.), where a union has a *prima facie* right to information, the disclosure obligation is contingent upon the information being necessary for one party to adequately comprehend the position taken by the other. In other words, if one party maintains a position (whether in the form of a proposal or response) which is grounded on a rational explanation, that party may be subject to a duty disclose information to demonstrate the *bona fide* of the rational bargaining position.»³⁴

Ces demandes de renseignements font partie du jeu de la négociation, et il revient aux parties d'apprécier la pertinence et le caractère confidentiel des renseignements demandés. La solution de cette problématique est en lien avec la notion de «négociation serrée», non interdite, et avec celle de «négociation de surface», pratique inadmissible dans le cadre d'un processus de négociation de

33. *Governing Council of the University of Toronto (Royal Conservatory of Music) and Royal Conservatory of Music Faculty Association*, précité, note 14, à la p. 241; *Saskatchewan and S.G.E.U.* précité, note 32, à la p. 262; *Saskatchewan Health-Care Ass'n c. C.U.P.E.*, précité, note 32, à la p.75.

34. *Governing Council of the University of Toronto (Royal Conservatory of Music) and Royal Conservatory of Music Faculty Association*, *id.*, à la p. 241.

bonne foi. En effet, rappelons-le, un employeur ne peut faire de fausses représentations ou fournir de fausses données.³⁵

On constate que plusieurs questions demeurent en suspens.

L'obligation de négocier de bonne foi a pour objectif premier d'assurer qu'un certain équilibre sera respecté entre les parties. Toutefois, rien n'impose aux parties de conclure une convention collective. De plus, elles sont libres de conclure ou non une entente sur un sujet donné. Cette approche, la Cour suprême l'a en partie remise en question dans une décision qui soulève de nombreuses interrogations.

C- L'objet des demandes

La Cour suprême dans la récente affaire *Royal Oak Mines Inc.*³⁶ a émis des principes qui soulèvent de nombreuses interrogations. En effet, cette décision peut remettre en cause le processus même de la négociation collective. La convention collective est le résultat d'un processus essentiellement évolutif. Ce qui était acceptable aux parties il y a quelques années ne l'est plus nécessairement aujourd'hui, alors que ce qui était inacceptable peut devenir parfaitement acceptable. Avant de traiter des principes énoncés par la Cour suprême, il importe de résumer brièvement les faits de cette affaire de façon à nous permettre d'en percevoir le contexte très particulier. Nous nous limiterons à l'énoncé des faits pertinents pour notre propos.

L'employeur exploite une mine de gisements d'or située à Yellowknife. Depuis de nombreuses années, il est de notoriété publique que les relations du travail qui prévalent dans l'entreprise sont malsaines. En février 1992, les parties commencent à négocier le renouvellement de la convention collective. En mars 1992, un conciliateur est nommé et permet aux parties d'en venir à une entente de principe. Toutefois en avril 1992, les membres du syndicat rejettent l'entente dans une proportion de 83 pour 100. L'employeur est outré par ce rejet. Le 22 mai 1992, il décrète un lock-out et engage dès le lendemain des travailleurs de

35. M. Bendel, *loc. cit.*, note 32, aux pp. 25-27.

36. *Royal Oak Mines Inc. c. Canada (Conseil des relations du travail)*, [1996] 1 R.C.S. 369.

remplacement pour poursuivre l'exploitation. Au cours de l'été, l'employeur décide de congédier 49 employés à cause de leurs activités sur la ligne de piquetage. Ce climat d'hostilité donne lieu à des voies de faits, des menaces de mort, des alertes à la bombe et même à des meurtres. En effet, le 18 septembre 1992 une explosion d'origine criminelle se produit dans la mine tuant neuf employés. À la suite de l'explosion, un gréviste faisant partie de l'unité de négociation est inculpé puis déclaré coupable de meurtre. Malgré cette situation dramatique, les parties refusent une offre faite par le ministre responsable d'accepter un processus d'arbitrage obligatoire afin de régler le conflit. Face à ce refus, le ministre nomme deux médiateurs spéciaux chargés d'étudier le conflit de travail et d'aider les parties à négocier un règlement et à renouveler la convention collective.

Entre temps, une association de salariés composée de travailleurs de remplacement et d'un petit nombre de travailleurs membre du syndicat présentent à deux occasions une demande d'accréditation au Conseil canadien des relations du travail en vue de remplacer le syndicat comme agent négociateur accrédité. Ces demandes furent rejetées. Le Conseil devait conclure, notamment, que l'association était «dominée» par l'employeur (au sens de l'article 25 du *Code canadien du travail*).

En mai 1993, le syndicat dépose une plainte contre l'appelante pour refus de négocier de bonne foi, conformément à l'alinéa a) de l'article 50 du *Code canadien du travail* (C.c.t.). Cet article se lit comme suit :

50. Une fois l'avis de négociation collective donné aux termes de la présente partie, les règles suivantes s'appliquent :

- a) sans retard et, en tout état de cause, dans les vingt jours qui suivent ou dans le délai éventuellement convenu par les parties, l'agent négociateur et l'employeur doivent :
 - (i) se rencontrer et entamer des négociations collectives de bonne foi ou charger leurs représentants autorisés de le faire en leur nom;
 - (ii) faire tout effort raisonnable pour conclure une convention collective;

Alors que la plainte est pendante, une commission d'enquête désignée par le ministre propose aux parties un processus de recommandation exécutoire pour faciliter le règlement du conflit. Le syndicat accepte le processus. Toutefois, l'employeur refuse le processus affirmant que le seul point qu'il accepte de soumettre à une recommandation exécutoire est la durée de la convention collective qu'il espère voir fixer pour une période de cinq à sept ans (ou au reste de la durée de vie de la mine). Suite au rejet du processus de recommandation exécutoire, les commissaires demandent à l'employeur de leur fournir un énoncé détaillé de sa position sur chaque question non réglée. L'employeur refuse d'acquiescer à cette demande et les commissaires ont alors comme seul choix de déposer un rapport final contenant des recommandations globales quant au règlement du conflit. Le syndicat accepte le rapport final et les recommandations, alors que l'employeur les rejette. Le 11 novembre 1993, le Conseil canadien des relations du travail rend une décision par laquelle il conclut que l'employeur n'a pas négocié de bonne foi.

Le Conseil canadien considère que l'employeur a violé son obligation de négocier de bonne foi sous trois aspects. En premier lieu, l'employeur ne pouvait refuser de négocier avec le syndicat, comme il l'a fait, tant qu'une décision n'avait pas été rendue à l'égard de la demande d'accréditation du groupe dissident.³⁷ En second lieu, l'employeur ne pouvait exiger une clause relative à une période probatoire pour tous les employés qui reprenaient le travail. En effet, les salariés avaient exercé légalement leur droit à la grève et l'employeur ne pouvait chercher à punir injustement ceux qui avaient participé à une activité syndicale légale.³⁸ Enfin, le manquement le plus grave aux yeux du Conseil canadien, manquement qui attaquait les fondements même du principe de la négociation de bonne foi, était que l'employeur s'était refusé à négocier une disposition prévoyant l'arbitrage ou un quelqu'autre mécanisme de règlement des litiges découlant du congédiement de 49 employés. Ce refus avait provoqué une rupture complète des négociations, alors que l'employeur devait savoir qu'aucun syndicat n'accepterait une convention collective sans clause d'arbitrage de griefs concernant cette question.³⁹

37. *Id.*, à la p. 394.

38. *Id.*, à la p. 395.

39. *Id.*, à la p. 396.

Pour nos fins, la question retenue par la Cour suprême qui nous intéresse est la suivante : La conclusion du Conseil selon laquelle l'employeur n'a pas négocié de bonne foi est-elle manifestement déraisonnable?

Les juges L'Heureux-Dubé, Gonthier et Cory se sont livrés à une analyse minutieuse de la décision du Conseil et ont conclu que non seulement la décision du Conseil n'était pas déraisonnable mais qu'en plus elle était juste. Cette opinion est devenue celle de la majorité de la Cour, le juge Lamer ayant décidé de se rallier à cette opinion. Les commentaires du juge Lamer portent davantage sur le remède choisi par le Conseil canadien des relations du travail. L'ordonnance rendue par le Conseil canadien obligeait l'employeur à soumettre à l'association accréditée l'entente de principe que ses membres avaient rejetée à l'origine et donnait aux parties 30 jours pour négocier et s'entendre sur des points précis à défaut de quoi ces points feraient l'objet d'un arbitrage obligatoire. Le juge Lamer reconnaît la compétence du Conseil canadien de rendre une ordonnance réparatrice de cette nature vu le contexte factuel très particulier.⁴⁰ Il ne remet pas en cause les conclusions du Conseil à l'effet que l'employeur a négocié de mauvaise foi. Il faut noter que les juges minoritaires ne remettent pas non plus en cause les conclusions du Conseil canadien sur la question de savoir si l'employeur s'est rendu coupable de négociation de mauvaise foi. Il s'agit d'une question de fait qui relève de la compétence particulière du Conseil. Il n'y a donc pas lieu d'intervenir, conformément à la jurisprudence largement connue sur ce sujet, à moins que les conclusions du Conseil ne soient tenues comme manifestement déraisonnables.

L'opinion à laquelle nous référons est donc celle des juges L'Heureux-Dubé, Gonthier et Cory. Cette opinion sur les questions que nous abordons n'a pas été répudiée par les autres juges de la Cour suprême.

Dans un premier temps, les juges L'Heureux-Dubé, Gonthier et Cory ont émis le principe que négocier de bonne foi impose à la source que les parties se présentent à la table de négociation avec de «bonnes intentions» et dans le but de «chercher honnêtement à trouver un compromis».⁴¹ L'élément qui retient

40. *Id.*, aux pp.379-380.

41. *Ibid.*

cependant davantage notre attention est que les juges décèlent dans l'article 50 C.c.t., deux obligations, l'une subjective et l'autre objective.

L'obligation d'entamer des négociations de bonne foi doit s'apprécier en fonction d'une norme subjective. Par ailleurs, l'obligation décrite au sous-alinéa 50a) (ii) (l'obligation de faire tout effort pour conclure une convention collective) doit s'apprécier en fonction d'une norme objective. Cette norme objective permet alors au décideur de prendre en considération les normes et pratiques comparables dans un secteur d'activités.⁴² Cette seconde partie de l'obligation empêche en pratique une partie de se dérober en plaçant qu'elle tente de conclure une entente, alors «qu'objectivement ses propositions sont tellement éloignées des normes acceptées dans le secteur d'activités qu'elles doivent être tenues pour déraisonnables».⁴³ Dans cet esprit, adopter une position inflexible que l'on sait totalement inacceptable pour l'autre partie ne peut consister à «faire tout effort raisonnable pour conclure une convention collective». La norme objective dans ce contexte consiste à se demander si d'autres employeurs du même secteur d'activités ont refusé d'insérer le genre de clause concernée.

Ainsi, dans le domaine des relations du travail, les motifs qui permettent à un employeur de mettre fin à un emploi sont d'une importance fondamentale pour toute association syndicale. L'employeur qui refuse à un salarié l'accès à une procédure qui lui permette de contester la légitimité de son congédiement, prive ce dernier de l'exercice d'un droit considéré comme fondamental. Il est en conséquence raisonnable de croire qu'aucun syndicat n'accepterait une telle proposition. Le refus par l'employeur de négocier une telle clause indique qu'il ne négocie pas de «bonne foi».⁴⁴

Les juges semblent donc faire de l'obligation de négocier de bonne foi, par les propos qu'ils tiennent, une obligation qui, même sans le libellé de l'article 50 C.c.t., comprend à la fois un aspect subjectif et un aspect objectif. Cette obligation dans le domaine des relations de travail conduit même à prétendre que les parties sont tenues sur certaines clauses de conclure une entente.

42. *Id.*, aux pp. 396-397.

43. *Ibid.*

44. *Id.*, à la p. 398.

Cette conclusion qui s'impose à la lecture des propos des juges L'Heureux-Dubé, Gauthier et Cory modifie substantiellement l'entendement de ce qui a constitué jusqu'ici l'obligation de négociier de bonne foi. En fonction de cette approche, une partie ne peut, selon les circonstances, remettre en cause l'objet même de la demande de l'autre partie. L'objectif premier de l'obligation de négociier de bonne foi, qui est d'assurer que les parties négocient «d'égal à égal», se trouve alors modifié. Cette prise de position, toute louable qu'elle soit, dénature la portée de l'obligation de négociier de bonne foi. En effet, n'appartient-il pas au législateur, lorsqu'il le juge à propos, d'imposer aux parties un contenu normatif obligatoire sur un sujet précis? Les parties ont toujours eu la liberté de déterminer le contenu du «contrat» qui les liait. Cette approche est d'ailleurs conforme au modèle des relations de travail privilégié par les législateurs canadien et québécois.

Conclusion

L'obligation de négociier de bonne foi ne peut avoir de véritable effet que si elle se traduit par des gestes concrets démontrant la volonté du débiteur de la matérialiser. La distinction que fait la Cour suprême entre obligation subjective et obligation objective apparaît donc, à ce titre, pour le moins discutable. De plus, cette position de la Cour pourrait avoir pour effet de limiter la portée de l'article 53 du *Code du travail* du Québec. En effet, l'article 53 ne crée qu'une obligation générale de négociier de bonne foi. L'obligation de «faire tout effort raisonnable» n'y est pas indiquée. Il nous apparaît cependant que l'on ne peut négociier de bonne foi si l'on ne fait pas tout effort raisonnable pour conclure une entente. C'est, nous semble-t-il, ce qu'englobe la Cour suprême dans le concept de la «bonne foi».

Est plus préoccupante toutefois cette idée qui veut que négociier de bonne foi oblige en certaines circonstances à conclure une convention. Cette idée est contraire aux principes admis à ce jour.⁴⁵ Elle ne vaudrait que dans les situations où l'objet de la négociation porte sur une question qui fait consensus dans le milieu «concerné». Définir ce qui fait consensus (à un point tel que

45. *Association catholique des institutrices rurales du district n° 60 Inc. c. Commissaires d'écoles de la municipalité scolaire de St-Pascal*, [1948] R.L. 97 (B.R.).

toute position contraire s'avère intolérable) est une tâche qui n'est pas aisée. La Cour ne fournit d'ailleurs aucune balise pour aider l'analyste à accomplir cette tâche.

Une telle approche, dont on connaît mal les conséquences en droit du travail, peut-elle être transposée en droit civil? Par exemple, peut-on prétendre qu'une partie refuse de négocier de bonne foi lorsque dans le cadre du renouvellement d'un contrat elle se refuse à faire des offres qui tiennent compte de la réalité du marché commercial? L'aspect «objectif» de l'obligation de négocier de bonne foi laisserait alors entrevoir des perspectives dont il est difficile de saisir la portée exacte. Ce qu'il nous est permis de croire, cependant, c'est que si l'approche décrite dans l'arrêt *Royal Oak Mines* devait se concrétiser, l'obligation de négocier de bonne foi dans le domaine des relations du travail prendrait une dimension insoupçonnée, dimension qui transformerait le contenu même de l'obligation. L'obligation de négocier de bonne foi deviendrait alors, en certaines circonstances, une véritable obligation de résultat.

RDUS

Revue de DROIT

UNIVERSITÉ DE SHERBROOKE

Titre : LA BONNE FOI DANS LE CODE CIVIL DU QUÉBEC : DU GÉNÉRAL
AU PARTICULIER

Auteur(s) : Louise ROLLAND

Revue : RDUS, 1995-1996, volume 26, numéro 2

Pages : 377-399

ISSN : 0317-9656

Éditeur : Université de Sherbrooke. Faculté de droit.

URI : <http://hdl.handle.net/11143/12871>

DOI : <https://doi.org/10.17118/11143/12871>

Page vide laissée intentionnellement.

LA BONNE FOI DANS LE CODE CIVIL DU QUÉBEC : DU GÉNÉRAL AU PARTICULIER

par Louise ROLLAND*

SOMMAIRE

Introduction	379
I. Les définitions de la bonne foi	381
A. Définitions sémantiques	381
B. Définitions référentielles	382
II. La bonne foi comme norme de conduite	384
A. La délimitation des frontières normatives par la moralité juridique	384
B. La délimitation des frontières normatives par la sécurité juridique	386
III. La bonne foi comme ignorance	388
A. La bonne foi dans les systèmes d'information du droit	389
B. La bonne foi dans les systèmes de représentation et les régimes d'autocorrection	394
Conclusion	398

*. Professeure adjointe à la Faculté de droit de l'Université de Montréal.

Introduction

La bonne foi logeait, sous le *Code civil du Bas Canada*, dans la sphère des principes généraux. « Coutume d'origine savante »,¹ « règle de jugement »,² « expression d'une conscience juridique »,³ le principe général, « plac[é] au-dehors du droit, dans un contexte d'ensemble et comme en position de surplomb, fédère les diverses parties du droit et traverse les frontières qui les séparent ». ⁴ Vu comme idéal de justice « en suspension dans l'esprit de notre droit », ⁵ il est un principe directeur transcendant qui, atteignant ainsi un degré de généralité plus grand que la loi, lui est supérieur et donc opposable. Vu par ailleurs comme émanant des règles de droit existantes, lu « par déduction amplifiante », il est un principe correcteur immanent, égal à la loi, appelé pour combler les lacunes, interpellé pour gérer une crise et ainsi éviter les dérives autoritaires du droit positif⁶ auquel il est intégré par implication nécessaire. Le principe général de bonne foi, d'inspiration essentiellement morale, fut ainsi convoqué en droit civil québécois comme assises du devoir d'information,⁷ des modalités d'exécution des obligations,⁸ des limites au libre exercice du droit de propriété⁹ : les tribunaux ont posé que les rapports juridiques s'inscrivent dans la vie en société qui, pour être harmonieusement ordonnée, commande implicitement l'honnêteté.

Le *Code civil du Québec* reconnaît explicitement, dans sa disposition préliminaire, le rôle fondamental des principes généraux comme facteurs surdéterminants des normes législatives : pour la première fois, le droit positif écrit intègre-t-il, par mouvement systolique, les valeurs morales, sociales et politiques qui agiront sur l'interprétation et l'application des règles de droit. Le principe général de bonne foi participe ainsi, avec les autres, à la composition

-
1. J. Carbonnier, *Droit civil : Introduction*, Paris, PUF, 1990, aux n^{os} 139-41.
 2. F. Ewald, *L'État-providence*, Paris, Grasset, 1986 à la p. 485.
 3. M. Delmas-Marty, *Pour un droit commun*, Paris, Seuil, 1994 à la p. 83.
 4. *Ibid.*
 5. J. Carbonnier, *supra* note 1.
 6. M. Delmas-Marty, *supra* note 3 à la p. 85.
 7. *Banque Nationale du Canada c. Soucisse*, [1981] 2 R.C.S. 339.
 8. *Houle c. Banque canadienne nationale*, [1990] 3 R.C.S. 122.
 9. *Air-Rimouski Ltée c. Gagnon*, [1952] C.S. 149.

de l'atmosphère, de l'ambiance dans laquelle baignent les rapports juridiques privés. En cela les codificateurs inscrivent expressément la réforme dans la marche historique, la marquent du sceau de la continuité.¹⁰ Il y a plus cependant; la bonne foi, par mouvement cette fois diastolique, de principe général devient règle : articles 6, 7 et 1375 C.c.Q. L'on pourrait dès lors affirmer métaphoriquement que le *Code civil du Québec* respire la bonne foi, à tout le moins respire au rythme de la bonne foi. D'autant que cette «notion» essaime, par dispositions particulières, dans tous les livres du Code.¹¹

Si la bonne foi s'enracine dans la moralité, le *Code civil du Québec* serait alors une invite expresse à la moralité : en termes purement quantitatifs, la loi nouvelle serait deux fois plus morale que l'ancienne. Pourtant le *Code civil du Bas Canada* n'était pas indifférent à la bonne foi,¹² mais les juristes y avaient porté peu d'attention. Pourquoi la bonne foi suscite-t-elle maintenant tant d'intérêt, tant d'interrogation voire d'angoisse dans la communauté juridique? Est-ce le foisonnement des règles? Est-ce l'intégration des principes généraux au droit positif? Ou encore, est-ce la positivité des règles et leur caractère contraignant? Si la bonne foi ébranle, c'est moins par sa moralité — qui se dirait contre la vertu, contre l'esprit de justice? — que par l'opposition que l'on a créée entre ses exigences et la prévisibilité, la sécurité des rapports juridiques, voire la liberté des sujets de droit. L'antagonisme ainsi posé, ce conflit de valeurs appelle le jugement essentiel à sa résolution, un jugement de valeurs dont on dit volontiers qu'il est arbitraire, émotif, irrationnel. Voilà le noeud d'inquiétude, l'état de tension, l'insécurité.

Or ces deux valeurs sont non seulement au coeur du *Code civil du Québec*, mais encore sont-elles soutenues par la bonne foi. Nous avons relevé toutes les dispositions qui font appel expressément à la bonne foi — dispositions générales et dispositions particulières— pour tenter d'identifier quelles sont les

10. Si certains y voient une rupture, nous croyons qu'elle repose davantage sur la marque écrite que sur la substance.

11. La bonne foi est explicitement interpellée par 93 dispositions (dont 62 sont nouvelles). Six interpellations dans le Livre des personnes, 12 dans le Livre de la famille, six dans le Livre des successions, 15 dans le Livre des biens, 45 dans le Livre des obligations, une dans le Livre des priorités et hypothèques, trois dans le Livre de la preuve, deux dans le Livre de la prescription et trois dans le Livre de la publicité des droits.

12. Nous y retrouvons plus ou moins 64 références dont 31 ont été reprises par la loi nouvelle.

fonctions qu'on lui attribue.¹³ Suivant les définitions que l'on donne de ce concept (section I), la bonne foi s'impose comme code moral (section II) ou s'interpose comme rampe de sécurité (section III). Au-delà du parallélisme cependant, l'énergie dynamique se conjugue en recherche de justice.

I. Les définitions de la bonne foi

La codification d'un principe général en règles générales positives et, du même souffle, en règles particulières exige la cohérence interne globale qui ne peut être atteinte qu'au prix d'un effort de systématisation; effort auquel les juristes avaient jusqu'à maintenant échappé à l'égard de la bonne foi, au profit d'une cohésion sectorielle d'allure beaucoup plus pragmatique. Normalement un concept unique, dans un même texte et un même système, devrait suivre la même trame, la même trajectoire, répondre de la même définition, s'articuler en semblables caractéristiques et pareilles conditions.

A. Définitions sémantiques

Le *Code civil du Québec* n'offre aucune définition sémantique¹⁴ de la bonne foi. En cas de silence de la loi, la règle d'interprétation renvoie au sens commun. Étymologiquement, la *fides* latine comportait plusieurs acceptions : la croyance; l'engagement solennel lié au serment (la foi jurée à la base du consensualisme); la confiance et plus précisément la solvabilité; la protection, l'assistance, l'appui; l'autorité, l'authenticité, la preuve. Quant à la *bona fides* (ou *mala fides*), elle faisait appel à la loyauté, la fidélité, l'honnêteté, la droiture, la véracité, voire même l'équité quand associée au juge (*fides judicis*). Personnifiée, la *Fides* était une déesse. Les définitions contemporaines reprennent essentiellement les mêmes acceptions, la même polysémie. L'histoire

13. Notre analyse se concentre sur la structure du *Code civil du Québec*, sur sa dynamique interne rendue par les marques textuelles : elle ne comporte ni une étude nuancée de chaque régime, ni une étude exhaustive du concept de la bonne foi et de ses applications en droit civil québécois.

14. Une définition sémantique est fournie par l'analyse du sens d'un terme au moyen de paraphrases synonymiques. Si la définition du dictionnaire s'attache à proposer tous les sens que la langue —système construit— donne de ce terme, la définition du droit —système construit— a pour fonction de sélectionner, par exclusion, l'un des prédicats définissants.

lexicographique s'inscrit dans la continuité sémantique, dans une variété donc qui n'endigue pas le problème de sa définition juridique.

B. Définitions référentielles

En l'absence de définition sémantique, nous pouvons tirer de certaines dispositions générales du Code civil des définitions référentielles¹⁵ de la bonne foi.

L'article 932 C.c.Q.¹⁶ est la disposition législative qui adopte le plus nettement une tournure définitoire. La bonne foi serait alors une croyance au départ justifiée qui pourra en bout de ligne se révéler erronée : en matière de possession, est de bonne foi celui qui se croit titulaire du droit qu'il exerce. Croyance en la connexité de la jouissance d'un droit et de son exercice, connexité entre le droit — vu comme code socialement établi — et les faits. L'erreur porte, le cas échéant, sur la jouissance du droit et, en cette matière, la bonne foi fait appel à un état d'esprit basé sur la connaissance (ou l'ignorance), affichant ainsi son profil passif.¹⁷

Il en est autrement de l'exercice des droits où la bonne foi prend un rôle actif¹⁸ : elle gouverne la conduite des parties qui s'obligent, selon les termes de l'article 1375 C.c.Q.¹⁹ elle pose des exigences à l'exercice des droits civils selon l'article 6 C.c.Q.²⁰ Quelle qu'en soit alors l'appellation — norme de conduite, devoir général, obligation légale ou obligation contractuelle implicite — tout manquement, toute violation constituera une faute. Faute intentionnelle

15. La définition référentielle est moins une question de sens que d'application du signe linguistique aux objets extra-linguistiques auxquels renvoie ce signe dans un contexte donné, ici normatif.

16. Art. 932. Le possesseur est de **bonne foi** si, au début de sa possession, il est justifié de se croire titulaire du droit réel qu'il exerce. Sa **bonne foi** cesse du jour où l'absence de titre ou les vices de sa possession ou de son titre lui sont dénoncés par une procédure civile.

17. L'on parlera alors de bonne foi subjective : B. Lefebvre, «La bonne foi dans la formation du contrat», (1992) 37 *R. D. McGill* 1053 à la p. 1055.

18. L'on parlera alors de bonne foi objective : *ibid.* à la p. 1056.

19. Art. 1375. La **bonne foi doit gouverner** la conduite des parties, tant au moment de la naissance de l'obligation qu'à celui de son exécution ou de son extinction.

20. Art. 6. Toute personne est tenue d'exercer ses droits civils selon **les exigences de la bonne foi**.

— «en vue de nuire à autrui»²¹ — ou faute non intentionnelle — «d'une manière excessive et déraisonnable»²² —, faute par action ou par omission, faute lourde, légère et même très légère.²³

Dans les actions en inopposabilité,²⁴ la bonne foi, comme la *fides* latine, est implicitement définie comme solvabilité puisqu'une présomption d'intention frauduleuse pèse sur le débiteur devenu insolvable.²⁵

Les deux premières acceptions dominant notre droit civil. Connaissance-ignorance ou devoir-faute, la bonne ou mauvaise foi est, en tout état de cause, un facteur de normalisation tant de l'état d'esprit que des actions du sujet de droit. La bonne foi est considérée comme jalon de normalité dans la vie en société pour ce qui concerne la juste jouissance et le juste exercice des droits. Vue comme normalité, la bonne foi se présume toujours²⁶ : notre droit

-
21. Art. 7. Aucun droit ne peut être exercé **en vue de nuire à autrui** ou d'une **manière excessive et déraisonnable**, allant ainsi à l'encontre des exigences de la **bonne foi**.
22. Art. 7 C.c.Q.; art. 1437 C.c.Q. La clause abusive d'un contrat de consommation ou d'adhésion est nulle ou l'obligation qui en découle, réductible. Est abusive toute clause qui désavantage le consommateur ou l'adhérent d'une **manière excessive et déraisonnable**, allant ainsi à l'encontre de ce qu'exige la **bonne foi**; est abusive, notamment, la clause si éloignée des obligations essentielles qui découlent des règles gouvernant habituellement le contrat qu'elle dénature celui-ci.
23. Art. 2545. La formation du contrat d'assurance maritime nécessite la **plus absolue bonne foi**. Si celle-ci n'est pas observée par l'une des parties, l'autre peut demander la nullité du contrat. Voir C. Dubreuil, «L'assurance : un contrat de bonne foi à l'étape de la formation et de l'exécution», (1992) 37 *R. D. McGill* 1087.
24. Art. 1631 et s. C.c.Q.
25. Art. 1632. Un contrat à titre onéreux ou un paiement fait en exécution d'un tel contrat est **réputé fait avec l'intention de frauder** si le cocontractant ou le créancier connaissait l'**insolvabilité** du débiteur ou le fait que celui-ci, par cet acte, se rendait ou cherchait à se rendre **insolvable**. Art. 1633. Un contrat à titre gratuit ou un paiement fait en exécution d'un tel contrat est **réputé fait avec l'intention de frauder**, même si le contractant ou le créancier ignorait ces faits, dès lors que le débiteur est **insolvable** ou le devient au moment où le contrat est conclu ou le paiement effectué.
26. Art. 2805 C.c.Q.; la bonne foi se présume toujours : de façon générale jusqu'à preuve du contraire (art. 2847 C.c.Q.), en matière de possession jusqu'à la dénonciation judiciaire (art. 932 C.c.Q.), en matière de mariage jusqu'à la déclaration judiciaire qui peut accompagner le jugement de nullité (art. 387 C.c.Q.). La bonne foi se présume toujours à moins que la loi n'exige expressément de la prouver ou, ajouterions-nous, n'exclut de la prouver : il en est ainsi, dans les actions en inopposabilité (art. 1632-1633 C.c.Q., *supra* note 25).

donne ainsi une image plus «rousseauiste» qu'«hobbesienne» de ses sujets, sonne le triomphe d'Émile sur Léviathan, du rationalisme romantique sur le rationalisme empirique.

Le concept de bonne foi est donc polysémique, protéiforme.²⁷ Comment ces définitions dominantes, tirées des dispositions générales du *Code civil du Québec*, se répercutent-elles dans les dispositions particulières? Quelles sont alors les fonctions qu'on lui assigne? Quelles sont les valeurs protégées?

II. La bonne foi comme norme de conduite

Les dispositions particulières dessinent, en les précisant de façon référentielle, la trajectoire du code moral imposé par les dispositions générales. Imposition de devoirs et obligations, répression d'abus, harmonisation des intérêts particuliers et collectifs.

A. La délimitation des frontières normatives par la moralité juridique

Le droit impose nommément des obligations d'honnêteté et de loyauté aux administrateurs des personnes morales,²⁸ aux administrateurs du bien d'autrui,²⁹ aux mandataires³⁰ et aux fiduciaires.³¹ Le Code civil vient également consacrer l'obligation de loyauté à laquelle sont tenus les salariés envers leur employeur.³²

Des devoirs sont donc imposés et, en corollaire, les abus réprimés. L'article 7 C.c.Q. condamne de façon générale l'abus de droit, condamnation

27. B. Lefebvre, «La bonne foi : notion protéiforme» (dans cette Revue).

28. Art. 322 C.c.Q.; art. 329 C.c.Q. : le tribunal pourrait même interdire, à une personne jugée malhonnête, l'exercice de la fonction d'administrateur; art. 327 C.c.Q. : le failli est inhabile à être administrateur, ce qui fait appel à cette autre acception de la bonne foi, vue comme solvabilité.

29. Art. 1309 C.c.Q.

30. Art. 2138 C.c.Q.

31. Art. 1290 C.c.Q.

32. Art. 2088 C.c.Q. : cette disposition de droit nouveau codifie le principe établi par la Cour suprême, sur la base de la bonne foi, dans l'arrêt *Banque de Montréal c. Kuet Leong Ng*, [1989] 2 R.C.S. 429.

qui pousse ses racines dans d'autres terres : restrictions du droit de propriété bien sûr, déchéance de l'usufruit,³³ perte de l'immunité des personnes morales,³⁴ vice du consentement quand il inspire la crainte,³⁵ défaut d'équité dans l'exercice des droits contractuels.³⁶ La mauvaise foi anéantit les privilèges normalement assortis aux droits : autrement dit le système juridique se ferme refusant de cautionner le détournement qu'on fait de ses propres règles.

Si les sujets ne doivent pas abuser de leurs droits, ils ne peuvent non plus abuser de leur liberté, par exemple en abusant les autres. La tromperie, le dol (y compris par silence ou réticence), les fausses déclarations ou les déclarations incomplètes sont fortement châtiés par le droit. Le dol, source d'erreur vice du consentement, fait perdre à son auteur certains avantages (ou tous les avantages) d'un contrat³⁷ ou d'une institution juridique comme le mariage.³⁸ Ne pas abuser les autres et ne pas abuser des autres, en contournant la loi ou en recherchant égoïstement son propre bénéfice.

La violation d'une disposition d'ordre public quand elle s'enrobe de mauvaise foi peut entraîner une condamnation à des dommages et intérêts punitifs : il en est ainsi pour le locateur d'un logement qui ne respecte pas les règles de reprise de possession ou d'éviction.³⁹ Au chapitre de la preuve, la bonne ou la mauvaise foi permet d'écarter les règles générales de recevabilité au profit d'exceptions dans la juste recherche de la vérité : division de l'aveu quand la partie contestée est contredite par des indices de mauvaise foi⁴⁰ et mise

33. Art. 1168 C.c.Q.

34. Art. 317 C.c.Q.

35. Art. 1403 C.c.Q.

36. Art. 1434 C.c.Q.

37. Art. 1401 - 1407 C.c.Q.; exigences renforcées en matières d'assurances : art. 2408 à 2413 - 2417 - 2420 - 2423 - 2424 - 2434 - 2466 - 2472 - 2545 à 2552 C.c.Q.

38. L'époux qui s'est rendu coupable de dol en contractant mariage (art. 365 C.c.Q.) sera déclaré de mauvaise foi (art. 387 C.c.Q.) et perdra les bénéfices du mariage putatif (art. 382 et s. C.c.Q.).

39. Art. 1968 C.c.Q.

40. Art. 2853 C.c.Q.

à l'écart de la règle de la meilleure preuve quand il est devenu, en toute bonne foi, impossible de la produire.⁴¹

Enceinte de l'harmonie sociale, la bonne foi suppose la coopération, seul rempart aux effets troubles des inévitables jeux de force dans une collectivité. La recherche d'intérêts individuels doit céder dans toute organisation communautaire. L'assureur peut refuser d'indemniser même le preneur de bonne foi,⁴² par application du principe de la mutualité. Dans le même esprit, le droit retire le bénéfice de la succession à l'héritier qui a recelé, altéré ou détruit de mauvaise foi le testament du défunt nuisant ainsi aux autres légataires;⁴³ le créancier hypothécaire qui demande le délaissement de l'immeuble peut être tenu de fournir une sûreté quand sa bonne foi est mise en doute, c'est-à-dire quand son administration pourrait nuire aux intérêts du débiteur et, par là, aux autres créanciers;⁴⁴ dans une copropriété divise, pour conserver à l'exercice du pouvoir décisionnel son caractère collégial, le droit fixe la proportion des voix attribuées au promoteur dans la mesure de sa bonne foi.⁴⁵

La bonne foi intervient, comme devoir positif, dans tous ces cas où les rapports juridiques sont menacés de déséquilibre : l'interpellation législative de ce concept agit comme contrepoids des excès potentiels — abus de droit et de liberté — dans un système en recherche d'égalité effective et de justice. Cette belle cohérence entre les dispositions générales et les disposition particulières se brise, ce train de morale positive déraile en un point précis de rupture : la lésion.

B. La délimitation des frontières normatives par la sécurité juridique

Allergique au dol, aux conflits d'intérêts, aux visées purement égoïstes, le droit devrait l'être tout autant à la lésion : la bonne foi ne saurait s'asseoir à la table de l'exploitation et le droit devrait en ce sens offrir une panacée aux victimes. Au remède universel, on a préféré le dosage gradué sur l'échelle

41. Art. 2860 C.c.Q.

42. Art. 2411 C.c.Q.

43. Art 621 C.c.Q.

44. Art. 2766 C.c.Q.

45. Art. 1093 C.c.Q.

force-faiblesse. Remède de cheval pour les incapables⁴⁶ et les consommateurs protégés hors code,⁴⁷ ce qui met en péril tout essai de catégorisation; remède monovalent et ponctuel pour les adhérents et consommateurs protégés *in code*,⁴⁸ dont l'administration repose sur la qualification des contrats; remède homéopathique pour les autres.⁴⁹ Pourtant la définition donnée par le premier alinéa de l'article 1406 C.c.Q. ne laisse pas de doute : il pose l'adéquation parfaite entre la lésion et la mauvaise foi, c'est-à-dire l'exploitation d'une partie par l'autre. Dans la mesure où la lésion entre majeurs n'est pas d'application générale, comment parler encore de moralité? Dans la mesure où les clauses abusives d'un contrat conclu de gré à gré ne sont pas soumises à la révision et à la sanction, comment parler encore de justice? La bonne foi n'est plus alors ce fil conducteur annoncé et assuré par le droit, mais tout au plus un vœu législatif dont la réalisation est laissée à la bonne ou mauvaise volonté de chacun. Le traitement accordé à la lésion par le Code civil provoque l'étiollement du devoir général de bonne foi au profit, dit-on, de la responsabilité individuelle et de la sécurité - stabilité - prévisibilité des rapports juridiques. Le conflit de valeurs est patent et les choix législatifs provoquent une onde de choc, atteignent de plein fouet la structure même de l'édifice.

Peut-on combler cette faille structurelle? Comment? Les tribunaux pourraient sans doute le faire, mais ponctuellement, par la qualification juridique. Une interprétation généreuse de l'article 1379 C.c.Q. — disposition définitoire des contrats d'adhésion — permettrait de réduire le champ des contrats de gré à gré eux-mêmes déterminés en termes résiduels : cet exercice modifierait grandement la théorie générale des contrats et, du même souffle, le droit civil. Dans le même ordre, un élargissement des cas d'application visés par l'article 1405 C.c.Q. donnerait accès à la révision judiciaire des contrats lésionnaires : toutes les dispositions qui supposent, même incidemment, disproportion et exploitation pourraient être interprétées comme des cas

46. Art. 1405 -1406 al. 2 et 163 - 173 - 174 - 287 - 294 C.c.Q.

47. *Loi sur la protection du consommateur*, L.R.Q. c. P-40.1, art. 8-9, tels qu'interprétés dans *Gareau Auto Inc. c. Banque canadienne impériale de commerce*, [1989] R.J.Q. 1091 (C.A.) et *Banque de Montréal c. Spooner*, [1994] R.J.Q. 1388 (C.S.).

48. Art. 1437 C.c.Q.

49. Art. 1405 -1406 al. 1 et 424 - 472 - 2332 C.c.Q.

expressément prévus par la loi.⁵⁰ Dans ce dernier cas, la recherche de cohérence heurte violemment l'intention législative.⁵¹ On pourrait par ailleurs accorder un contenu positif autonome et intangible aux devoirs généraux de bonne foi des article 6 et 1375 C.c.Q., ce qui pose le problème de la sanction : si les exigences de la bonne foi sont considérées comme des règles de conduite en société, toute violation est une faute qui appelle réparation en cas de préjudice et application du régime de la responsabilité extracontractuelle,⁵² expulsant ainsi la lésion de la théorie des vices du consentement et des sanctions dont elle est assortie, à savoir les remèdes, dont la nullité, prévus aux article 1407 et 1408 C.c.Q. Tout effort de cohérence, on le constate, invite à la torture des règles : la bonne foi et le traitement législatif de la lésion provoquent une collision frontale des valeurs en présence.

La bonne foi normative, active, édictée par des dispositions générales trouve le plus souvent appui dans les dispositions particulières : la bonne ou la mauvaise foi est la clé d'ouverture ou de fermeture du système qui réagit en cela à la moralité des rapports de droit, sauf en matière de lésion entre majeurs où la stabilité des rapports juridiques semble dominer. Dans la plupart des cas, l'honnêteté, la loyauté, la droiture sont en cause, bases des rapports sociaux harmonieux et égalitaires. Mais ce n'est pas là l'acception de la bonne foi la plus utilisée dans le *Code civil du Québec* : la majorité des dispositions particulières mettent davantage l'accent sur la connaissance ou l'ignorance, mariage double ignorance/bonne foi et connaissance/mauvaise foi qui oblige le droit à prononcer irrévocablement le divorce du couple apparence/réalité.

III. La bonne foi comme ignorance

Est de bonne foi la personne qui ignore la réalité, dans la plupart des cas ignorance de la réalité juridique : l'existence d'un droit, l'identité de son véritable titulaire, l'organisation juridique d'un groupe de personnes. La bonne foi ignorante agira comme fixatif d'une réalité juridique virtuelle quand le droit s'avère impuissant à ordonner parfaitement les rapports sociaux : défaillances

50. Pensons, par exemple, à l'exploitation de l'état de nécessité prévu par l'article 1404 C.c.Q.

51. *Commentaires du ministre de la Justice*, t. 1, Québec, Publications du Québec, 1993 à la p. 853.

52. Art. 1457 C.c.Q.

de ses systèmes d'information (sous section A), scissions autorisées des droits et des pouvoirs ainsi que correctifs rétroactifs (sous section B).

A. La bonne foi dans les systèmes d'information du droit

Dans la mesure où la bonne foi s'évalue en fonction du degré de connaissance, il nous faut nous demander quels sont les moyens d'information utilisés. Le *Code civil du Québec* en reconnaît de trois ordres : la publicité, la possession et la divulgation.

La publicité des droits est un système formel mis sur pied pour assurer la fiabilité des informations, la sécurité des rapports juridiques. Système fortement organisé et fortement intégré, c'est la loi qui prescrit ou autorise la publicité d'un droit.⁵³ Quand cette formalité est imposée, elle exclut toute autre forme de transmission de l'information et la connaissance acquise ne supplée pas le défaut de publier⁵⁴ : dès lors la bonne ou la mauvaise foi indiffère dans un système clos, rendu «moralement aveugle».⁵⁵ Plus encore, un droit publié est censé exister et être connu.⁵⁶ Plus encore, la publicité crée, par voie de présomption irréfragable, les effets d'une prescription acquisitive de plein droit qui échappe aux règles de la possession utile.⁵⁷ Mais qu'arrive-t-il en cas d'inefficacité? Le concept de bonne foi reprend alors ses lettres de noblesse : les tiers qui se sont fiés aux inscriptions erronées sur un immeuble immatriculé seront protégés, dans la mesure de leur bonne foi et dans la mesure de la publication de leur propre droit.⁵⁸ Le système en quelque sorte s'autocorrige. Cette règle générale trouve des applications particulières à l'égard d'événements qui viendraient modifier l'inscription initiale et nuire ainsi à la fiabilité des

53. Art. 2938 C.c.Q.

54. Art. 2963 C.c.Q.

55. J. Carbonnier, *Droit civil*, t. 3, Paris, PUF, 1992, au no 115.

56. Présomption simple de l'existence du droit publié (art. 2944 al. 1 C.c.Q.); présomption simple de connaissance du droit inscrit sur le registre des droits réels et personnels mobiliers ou sur le registre foncier à l'égard d'un immeuble non immatriculé, mais présomption absolue à l'égard d'un immeuble immatriculé (art. 2943 C.c.Q.).

57. Art. 2944 al. 2 C.c.Q.

58. Art. 2962 C.c.Q.

informations : inscription d'un jugement⁵⁹ ou de la radiation d'une radiation faite sans droit.⁶⁰ Nous assistons déjà au triomphe des apparences sur la réalité juridique avec la bonne foi comme repère, au nom de la stabilité et de la sécurité des rapports juridiques.

En revanche, il arrive que la publicité écarte la bonne foi pour se faire seul justicier : le formalisme reprend toute son énergie en cas de transferts successifs d'un droit réel sur un immeuble. Un tel transfert est soumis à la publicité⁶¹ et le droit sera acquis à celui qui le premier l'aura publié.⁶² L'application stricte de ces règles peut avoir un effet pervers et donner tous les bénéfices juridiques aux plus malhonnêtes. Dans deux ventes successives, par exemple, le vendeur est de mauvaise foi, au sens normatif du terme, en cédant la deuxième fois ce qui ne lui appartient déjà plus⁶³ : en appliquant les règles de la publicité, les deux acquéreurs seraient de bonne foi puisqu'au moment de la vente aucune inscription n'apparaît au registre que celle de leur auteur. Pourquoi préférer le second acquéreur dans la seule mesure où il aurait le premier inscrit son droit? Pour punir le premier de son manque de diligence tout en faisant fi qu'il est devenu, par l'effet du consensualisme, règle générale en cette matière,⁶⁴ le seul véritable propriétaire? Dans la mesure où le second ignorait le premier transfert, ce pourrait être une solution juste. Mais dans la mesure où il agissait en toute connaissance de cause, qu'il était donc de mauvaise foi, pourquoi lui laisser le bénéfice du contrat? Pour protéger d'éventuels tiers-acquéreurs de bonne foi, c'est-à-dire ceux qui se seraient fiés au registre? Bien sûr, mais encore faudrait-il les laisser entrer en scène.⁶⁵ Ce formalisme met en péril deux principes, pourtant chers à notre système juridique, le consensualisme et la bonne foi. Nous sommes loin des devoirs d'honnêteté, de loyauté, de coopération qui se trouvent ici contrés de plein fouet par, dit-on, la sécurité des rapports juridiques. Dans un droit qui se réclame de la moralité et dans un souci d'interpénétration des deux acceptions dominantes de la bonne foi, n'y aurait-il

59. Art. 3064 C.c.Q.

60. Art. 3075 C.c.Q.

61. Art. 1455 C.c.Q.

62. Art. 2946 C.c.Q.

63. «*Nemo dat quod non habet*».

64. Art. 1453 C.c.Q.

65. J. Pineau, D. Burman et S. Gaudet, *Théorie des obligations*, 3^e éd., Montréal, Thémis, 1996 aux pp. 361-362.

pas lieu, d'assouplir, par voie législative ou judiciaire, la règle de l'article 2963 C.c.Q.? Les tribunaux français n'ont pas hésité à le faire.⁶⁶

Autre mode d'information retenu par le droit, mode factuel : la possession. Le contrôle matériel d'un bien conforte son contrôle juridique. En l'absence de connexité cependant, les faits peuvent primer le droit. La possession a un effet probatoire : le possesseur est présumé titulaire du droit qu'il exerce.⁶⁷ Cet exercice emporte même sa jouissance effective par l'effet acquisitif de la possession.⁶⁸ On pourrait être tenté de justifier cette institution par l'utilité sociale et économique des biens⁶⁹ : nous croyons qu'il s'agit plutôt de la sécurité des titres. Nous savons qu'en droit québécois, même en matière mobilière, la possession ne vaut pas titre d'acquisition puisque, contrairement au droit français,⁷⁰ un délai de prescription est fixé : 10 ans comme règle générale⁷¹ mais délai écourté à 3 ans pour les possesseurs de bonne foi d'un bien meuble.⁷² On a coutume de dire que la bonne ou la mauvaise foi est indifférente à l'acquisition par prescription sauf dans ce dernier rôle réducteur : ce serait oublier la double acception de la bonne foi. Si la bonne foi comme ignorance⁷³ n'agit que sur le délai et dans les seules matières mobilières,⁷⁴ la bonne foi normative s'impose puisque les voleur, receleur et fraudeur ne peuvent

66. J. Carbonnier, *supra* note 55 au no 115 : la Cour de cassation accorde le bénéfice du contrat au premier acquéreur, même s'il n'a pas inscrit, dans la mesure où le vendeur et le second acquéreur ont agi de concert pour frauder le premier «*Fraus omnia corrumpit*» (Cass. Req., 8 décembre 1858, D.P. 1859.I.184; Cass. Req., 7 décembre 1925, D.P. 1926.I.185; Cass. civ., 10 mai 1949, D.1949.Jur.277; Cass. civ., 24 avril 1950, D.1950.Jur.499); il arrive que le premier acquéreur soit préféré même en absence de fraude, sur la seule preuve de la connaissance acquise du second acquéreur de l'existence du premier contrat (Cass. civ. 3^e, 22 mars 1968, D.1968.Jur.412; Cass. civ. 3^e, 30 janvier 1974, D.1975.Jur.427, J.C.P. 1975.II.18001).

67. Art. 928 C.c.Q.

68. Art. 930 et 2910 C.c.Q.

69. Pour produire ses effets la possession doit être utile (art. 922 - 2914 - 2920 C.c.Q.).

70. Art. 2279 C.c.fr.

71. Art. 2917 C.c.Q.

72. Art. 2919 C.c.Q.

73. Art. 932 C.c.Q.

74. La réduction du délai général de prescription à 10 ans a poussé le législateur à abandonner, en matière immobilière, le délai écourté pour le possesseur de bonne foi (art. 2251 C.c.B.C.).

prescrire.⁷⁵ La prescription permet de clarifier la réalité juridique par la reconnaissance des apparences, clarification plus rapide dans la mesure de la bonne foi.⁷⁶ Le véritable titulaire peut, dans les délais, revendiquer son bien contre le possesseur, sauf en cas de transferts successifs d'un droit réel sur le même bien meuble. Nous pourrions reprendre le raisonnement tenu en matière immobilière : il offusque moins puisque la bonne foi du second acquéreur est ici prise en compte.⁷⁷ La possession et la bonne foi agissent alors comme ciment, ciment d'acquisition qui donne au transfert du bien d'autrui l'effet d'une prescription acquisitive instantanée.

Est-il encore question de la sécurité des rapports juridiques en cas de violation d'une promesse de contracter? Le bénéfice du contrat est alors accordé au second contractant qui, s'il est de mauvaise foi, ne sera tenu qu'à la réparation du préjudice subi par le bénéficiaire de la promesse.⁷⁸ Fragilité des promesses où la bonne foi de l'un est mise en rade au profit de la mauvaise foi des autres : phénomène d'accélération de la circulation juridique qui prend le rythme de l'économie au détriment de la moralité du droit. On arguera le volontarisme dans la formation des contrats. Soit, mais pourtant, en matière de vente, la possession actuelle du bénéficiaire vaut titre⁷⁹ et l'exécution en nature d'une promesse de contracter peut être forcée.⁸⁰

Prescription, preuve, publicité factuelle, la possession permet aux apparences de supplanter la réalité juridique. On peut pareillement justifier la protection du porteur de bonne foi même quand le titre a été mis en circulation contre la volonté du débiteur.⁸¹ Ou encore l'effet libératoire du paiement fait de bonne foi au créancier apparent.⁸² La possession du titre ou de l'état de

75. Art. 927 C.c.Q.

76. La bonne foi avait également pour effet de réduire à 10 ans la prescription acquisitive normalement trentenaire des immeubles (art. 2251 C.c.B.C.); le *Code civil du Québec* fixe à 10 ans la prescription des immeubles sans égard à la bonne foi (art. 2917 C.c.Q.).

77. Art. 1454 C.c.Q.

78. Art. 1397 C.c.Q.

79. Art. 1710 C.c.Q.

80. Art. 1712 C.c.Q.

81. Art. 1649 C.c.Q.

82. Art. 1559-1643 C.c.Q.

créancier⁸³ alliée à la bonne foi font la loi. L'ignorance justifie l'erreur, le droit occulte sa propre réalité afin de clore la situation juridique et assurer la sécurité des rapports.

Outre la publicité et la possession, l'information juridique circule par la divulgation, forcée ou spontanée. Ainsi le droit oblige certaines personnes à déclarer leur organisation interne pour pouvoir bénéficier complètement du régime choisi par elles. Certaines sociétés — sociétés en nom collectif et en commandite — sont tenues de déclarer leur existence sociale et leur nom;⁸⁴ cette déclaration fait preuve de son contenu sans que les associés ne puissent le contredire.⁸⁵ Fiabilité du système d'information pour les tiers. Protection d'autant plus importante que le défaut de déclarer son statut ou son défaut d'afficher sa forme juridique⁸⁶ peut imposer aux associés une responsabilité personnelle plus importante — celles de la société en participation⁸⁷ — envers les tiers de bonne foi, qui ignoraient réellement son véritable statut. D'une façon générale, la divulgation emporte le bénéfice du régime; en revanche, l'absence de divulgation rend le régime, la réalité juridique inopposable aux tiers de bonne foi. Dans le même sens, une divulgation tardive ne saura mettre en péril les actes juridiques accomplis : en matière d'assurances de personne, le paiement fait de bonne foi par l'assureur au dernier bénéficiaire désigné, connu de lui, est libératoire;⁸⁸ l'est également, en assurances de biens, le paiement fait de bonne foi avant la dénonciation des créanciers prioritaires ou hypothécaires.⁸⁹ Dans ces deux derniers cas, la protection des droits est liée à la diligence à transmettre l'information.

Le système d'information peut donc s'enrouer par le silence, comme il peut s'enrouer par des révélations mensongères ou des demi-vérités : ce sera le cas quand une personne physique (ou groupe informel de personnes physiques)

83. H. Mazeaud et al., *Leçons de droit civil*, t. 2, vol. 1, 8e éd., Paris, Montchrestien, 1991 au no 833; J. Pineau, D. Burman et S. Gaudet, *supra*, note 65 à la p. 482.

84. Art. 2189 C.c.Q.

85. Art. 2195 C.c.Q.

86. Art. 2197 C.c.Q.

87. Art. 2188 C.c.Q.

88. Art. 2452 C.c.Q.

89. Art. 2497 C.c.Q.

agit comme une personne morale,⁹⁰ quand une personne donne à croire que ces biens sont sous le pouvoir d'un administrateur,⁹¹ qu'elle est représentée par un mandataire⁹² ou encore qu'elle est un associé⁹³ alors que ce n'est pas le cas : le tiers ainsi induit en erreur conservera, dans la mesure de sa bonne foi, c'est-à-dire de son ignorance réelle, le bénéfice du rapport juridique et aura l'avantage d'un créancier clairement identifié par le régime représenté.

Le défaut de divulguer, comme les défaillances des systèmes d'information juridique, donne le plus souvent à la bonne foi de gouverner la réalité juridique en consacrant les apparences.

B. La bonne foi dans les systèmes de représentation et les régimes d'autocorrection

On comprendra que les systèmes d'information juridique ne sont pas parfaits, que la réalité juridique n'est pas toujours facile d'accès et qu'il faille rétablir l'équilibre en faveur de la victime de telles défaillances. D'autant que le système permet des distorsions, distorsions entre la jouissance et l'exercice des droits, entre ces derniers et les pouvoirs dont ils sont assortis.

Ces pouvoirs peuvent être délégués⁹⁴ ou partagés.⁹⁵ La pluralité, supportée et organisée par le droit — jouissance collective et exercice collégial ou simple scission entre jouissance et exercice — peut faire écran : imposer aux tiers le devoir strict de se renseigner, de porter le fardeau d'une erreur éventuelle sur une organisation interne à laquelle il a un accès limité, aurait un effet nuisible sur la circulation juridique. Le système doit composer avec l'état de tension qu'il engendre, entre la fluidité des relations juridiques et la sécurité de

90. Art. 318 C.c.Q.

91. Art. 1323 C.c.Q.

92. Art. 2163 C.c.Q.

93. Art. 2222 C.c.Q.

94. Par exemple dans le cas d'incapacité d'exercice, la loi impose la représentation : art. 4-153-154 C.c.Q.; la représentation peut également être volontaire, comme dans le mandat (art. 2130 C.c.Q.).

95. Par exemple, pour ce qui concerne la résidence familiale (art. 401 et s. C.c.Q.) ou la copropriété (art. 1026 C.c.Q.).

ses institutions. La protection du tiers de bonne foi, du tiers ignorant, engage à la prudence, à la divulgation des pouvoirs.

En matières familiales : à défaut de divulgation expresse, le mandat se présume pour l'exercice conjoint de la tutelle,⁹⁶ de l'autorité parentale⁹⁷ et de la direction morale et matérielle de la famille.⁹⁸ En matières matrimoniales, les tiers de bonne foi profiteront du maintien des contrats conclus à titre onéreux sur des biens meubles avec l'un des conjoints, malgré les restrictions imposées par le régime matrimonial⁹⁹ ou par les règles relatives à la résidence familiale.¹⁰⁰ L'organisation interne des sociétés est, quand elle n'est pas expressément dévoilée, inopposable aux tiers de bonne foi;¹⁰¹ au contraire, chaque associé¹⁰² ou commandité¹⁰³ est mandataire de la société à leur égard. La bonne foi, l'ignorance de la dissolution des sociétés ou du terme de l'administration du bien d'autrui, permet la survie des effets du régime pour la meilleure protection des tiers,¹⁰⁴ mais également des associés¹⁰⁵ et de l'administrateur.¹⁰⁶

Le droit fait donc face aux défaillances de son système d'information en conférant des avantages aux victimes d'erreur, en déniaient sa propre réalité au profit des apparences, dans le but évident d'assurer la stabilité de ses institutions. Ces assouplissements logent au créneau de la bonne foi.

L'on marie souvent le droit à l'ordre dans un rapport de finalité : sécurité, prévisibilité, justice. Il arrive cependant que le système juridique engendre, par l'application de ses principes et de ses règles, son propre désordre. Droit sacré entre tous, le droit de propriété emporte tous les pouvoirs, toutes les

96. Art. 194 C.c.Q.

97. Art. 603 C.c.Q.

98. Art. 398 C.c.Q.

99. Art. 447 C.c.Q.

100. Art. 402 C.c.Q.

101. Sociétés en nom collectif : art. 2219 C.c.Q.; sociétés en commandite : art. 2238 C.c.Q.

102. Art. 2219 C.c.Q.

103. Art. 2249 C.c.Q.

104. Administration du bien d'autrui : art. 1362 C.c.Q.; sociétés en nom collectif et en commandite : art. 2234 et 2249 C.c.Q.; sociétés en participation : art. 2263 C.c.Q.

105. Société en nom collectif et en commandite : art. 2233 et 2249 C.c.Q.; sociétés en participation : art. 2263 C.c.Q.

106. Art. 1362 C.c.Q.

prérogatives d'user, de jouir et de disposer librement et complètement d'un bien.¹⁰⁷ Ce principe ne devrait céder que pour servir l'utilité publique, jalon de l'expropriation;¹⁰⁸ la protection que la loi lui donne de s'opposer à tout empiètement¹⁰⁹ s'éteint en cas d'empiètement mineur fait par un voisin de bonne foi,¹¹⁰ le droit se donnant alors comme mission première la conservation des valeurs au détriment de ses choix initiaux de politique économique. L'on assiste alors à un mouvement d'aller-retour du principe vers ses tempéraments vers le principe, mouvement commandé par la bonne foi comme ignorance. Ce mouvement s'observe aisément en matières successorales : l'héritier qui a accepté expressément ou tacitement la succession¹¹¹ n'est tenu des dettes qu'à concurrence de l'actif¹¹² sauf s'il renonce à l'application des règles prescrites pour la liquidation¹¹³ dont l'inventaire,¹¹⁴ auquel cas il sera tenu des dettes de la succession sur ses biens personnels mais, nous dit l'article 835 C.c.Q. s'il est de bonne foi et qu'il survient des faits nouveaux, des dettes surprises, il peut obtenir du tribunal une ordonnance à l'effet contraire.

Les régimes juridiques s'ouvrent à certaines conditions et à défaut se referment, mais se rouvrent en dépit de leurs propres conditions par souci d'équité, dans la mesure de la bonne foi. Tous les effets du mariage seront accordés aux époux qui en ignoraient les causes de nullité¹¹⁵ : l'on tient en échec l'effet rétroactif de l'annulation par égard à la bonne foi. Le droit reconnaît à ses sujets la liberté de s'obliger volontairement, veillant de son côté à en garantir l'exécution par la contrainte légale. Le système garde cependant un oeil critique sur chacune des étapes qui doivent être franchies, franchies en toute bonne foi comme le confirme maintenant l'article 1375 C.c.Q. Il lui arrivera de commander un retour dans le temps en effaçant une situation juridique qui a déjà

107. Art. 947 C.c.Q.

108. Art. 952 C.c.Q.

109. Art. 953 C.c.Q.

110. Art. 992 C.c.Q.

111. Art. 637 C.c.Q.

112. Art. 625 C.c.Q.

113. Art. 779 C.c.Q.

114. Art. 794 et s. C.c.Q.

115. Art. 382 et 384 C.c.Q. : liquidation des droits patrimoniaux; art. 385 C.c.Q. : droit aux donations entre vifs consenties en considération du mariage; art. 388 C.c.Q. : droit aux aliments et à la prestation compensatoire.

produit des effets : annulation d'un acte juridique pour défaut de formation, résolution d'un contrat pour défaut d'exécution, répétition du paiement fait indûment, perte fortuite de l'objet de la prestation.¹¹⁶ La rétroactivité impose la restitution des prestations en nature ou, en cas d'impossibilité, par équivalent.¹¹⁷ Toute équivalence suppose une appréciation : dans les cas de perte totale du corps certain, objet de l'obligation de restituer, sa valeur équivalente variera selon la bonne ou mauvaise foi de son débiteur.¹¹⁸ Encore ici les deux acceptions du concept se côtoient : ignorance de la réception de l'indu et cause fautive de la restitution. Ceci étant, l'application de ces mesures peut mettre en péril les intérêts de tiers de bonne foi. L'obligation de restituer peut porter sur un bien qui a subséquemment fait l'objet d'aliénation, d'administration ou de disposition : tous ces actes devraient normalement suivre le sort du premier puisque l'on ne peut donner plus que ce qu'on a. Injustice de la rétroaction corrective pour ces tiers qui ignoraient la situation : le droit maintient la validité de ces actes juridiques dans la mesure de la bonne foi sauf pour les actes d'aliénation à titre gratuit.¹¹⁹ Même mouvement d'aller-retour pour la réception de l'indu : ce qui a été payé par erreur doit être restitué,¹²⁰ mais le paiement fait au véritable créancier par un *solvens* qui n'était pas son débiteur peut entraîner des effets néfastes — prescription du recours, destruction de la preuve, abandon d'une sûreté — qui mèneraient à un appauvrissement tout aussi injuste que le paiement initial : le régime se ferme, sauf le recours du *solvens* contre le véritable débiteur.

Nous avons vu que le droit pare aux disjonctions entre l'apparence et la réalité, entre les faits et le droit : distorsion entre la possession et la propriété par exemple. Le retour en scène du véritable propriétaire, en temps utile, permet aux droits de reprendre toute leur vigueur. La reconnaissance juridique d'intérêts conflictuels sur le même bien oblige le droit à colmater les brèches : pour échapper à la rigueur des règles de l'accession, pour éviter l'enrichissement

116. Art. 1699 C.c.Q.

117. Art. 1700 C.c.Q.

118. Art. 1701, 1703, 1704, 1705 C.c.Q. Notons que des règles particulières s'appliquent en cas de perte par force majeure, règles qui ne sont pas pour autant indifférentes à la bonne ou la mauvaise foi du débiteur (art. 1701 al. 2 C.c.Q.).

119. Art. 1707 C.c.Q.

120. Art. 1491 C.c.Q.

injustifié qui serait contraire à l'équité (autre acception de la bonne foi), des indemnités seront versées au possesseur par le propriétaire avec plus ou moins de générosité suivant la bonne ou la mauvaise foi du premier, c'est-à-dire son ignorance de la réalité juridique.¹²¹

Apposer le sceau juridique aux apparences ressort certes d'un souci légitime d'assurer la stabilité des rapports, une des finalités du droit, mais participe également à la recherche de justice, autre finalité du droit.

Conclusion

Ce survol du *Code civil du Québec* nous permet de conclure que le concept de bonne foi est interpellé par le droit dans sa recherche de justice, dans son souci de moralité.

Règle de conduite, la bonne foi impose une morale individuelle : concept désormais énoncé, posé, codifié, la bonne foi pousse ses ramifications dans tous les rapports juridiques comme, osons le dire, elle le faisait ou aurait dû le faire à titre de principe général. Devoir d'honnêteté, de loyauté, de diligence, de prudence, de coopération, la bonne foi, même spécifiquement interpellée, demeure un concept flou dont la portée variera au rythme des décisions singulières et contextuées. Il n'est pas mauvais qu'il en soit ainsi, la souplesse étant une qualité essentielle pour gérer des sociétés ouvertes, complexes, pluralistes.

La bonne foi agit également avec force sur les défaillances internes du système, bloquant ses effets d'entropie les plus criants. Recherche d'une justice certes, mais moins en termes de moralité qu'en termes de sécurité qui est peut-être le pendant d'une moralité mais sociale, institutionnelle plus qu'individuelle. Le droit est responsable de sa propre construction : cette construction ne fait pas de doute dans un système où la bonne foi pourrait certainement fonder une théorie structurée de l'apparence.

121. Art. 957 à 964 C.c.Q.

En recherche de cohérence, la bonne foi comme ignorance ne devrait jamais écarter la bonne foi comme norme de conduite : la coexistence obligatoire des fins du droit le commande. L'idéalisme du droit se conjugue, nous l'avons vu, au pragmatisme juridique, l'objectivisme au subjectivisme : la bonne foi, convoquée tantôt comme fin, tantôt comme moyen, supporte tant la moralité que la sécurité des rapports. Soulever une incompatibilité entre ces deux valeurs supposerait que l'une est la négation de l'autre : ce procédé rhétorique¹²² invite au choix, au rejet, à la hiérarchie, faisant fi de leur solidarité intrinsèque et des accommodations qu'un système dynamique peut intégrer. S'il y avait un jour péril en la demeure juridique du Québec, il serait davantage provoqué par cette opposition idéologique que par le concept inclusif de bonne foi.

122. C. Perelman et L. Olbrechts-Tyteca, *Traité de l'argumentation*, 5^e éd., Bruxelles, Éditions de l'Université de Bruxelles, 1988 à la p. 270.

RDUS

Revue de DROIT
UNIVERSITÉ DE SHERBROOKE

Titre : LE CONTRÔLE DES CLAUSES ABUSIVES DANS LE CONTRAT
D'ADHÉSION ET LA NOTION DE BONNE FOI

Auteur(s) : Nathalie CROTEAU

Revue : RDUS, 1995-1996, volume 26, numéro 2

Pages : 401-428

ISSN : 0317-9656

Éditeur : Université de Sherbrooke. Faculté de droit.

URI : <http://hdl.handle.net/11143/12872>

DOI : <https://doi.org/10.17118/11143/12872>

Page vide laissée intentionnellement.

LE CONTRÔLE DES CLAUSES ABUSIVES DANS LE CONTRAT D'ADHÉSION ET LA NOTION DE BONNE FOI

par Nathalie CROTEAU*

SOMMAIRE

INTRODUCTION	403
PARTIE I - L'ANALYSE DE LA NOTION DE BONNE FOI DANS LE CADRE DE L'ARTICLE 1437 C.c.Q.	404
1.1 Le sens et la portée de la notion de bonne foi	405
1.2 Le désavantage excessif et déraisonnable, sa définition	408
1.2.1 Définition	408
1.2.2 Parallèle avec la notion de lésion	410
1.2.3 Rôle de l'équité à l'article 1437 C.c.Q.	414
1.3 L'annulation d'une clause ou de l'ensemble du contrat	415
PARTIE II - LES APPLICATIONS JURISPRUDENTIELLES DE LA CLAUSE ABUSIVE	417
2.1 Les applications générales	417
2.2 La clause pénale abusive	419
2.3 Les taux d'intérêts usuraires	421
PARTIE III - LES MÉCANISMES DE PROTECTION ANALOGUE	423
3.1 La bonne foi et la sanction des vices de consentement	423
3.2 L'exercice déraisonnable d'un droit	425
CONCLUSION	427

*, Avocate-associée à l'étude Parizeau, De Lagrave, Croteau & Brillonn..

INTRODUCTION

La reconnaissance, dans le *Code civil du Québec*, du contrat d'adhésion et de ses besoins de protection spécifique s'inscrit dans un large effort pour moderniser, humaniser et tenter d'instaurer une meilleure justice contractuelle. Au coeur de cette réforme, nous retrouvons la valorisation de la bonne foi contractuelle¹ et l'aval donné à l'intervention des tribunaux.²

Pour les contrats d'adhésion, les règles de conduite contractuelle seront plus exigeantes que dans les contrats de gré à gré. Ainsi en est-il de l'obligation de bonne foi, car dans le contrat d'adhésion, l'adhérent s'en remet à la partie rédactrice (le stipulant). Souvenons-nous que l'absence de débat préalable et la détermination unilatérale du contenu contractuel par un des deux contractants caractérisent le contrat d'adhésion. Cette façon de contracter place l'adhérent en position de faiblesse. Elle instaure un modèle de relation contractuelle où l'adhérent subit et se soumet aux règles du marché. L'adhérent est donc susceptible d'être abusé ou encore mal informé des clauses du contrat.

Face à cette situation, le législateur met en place deux mécanismes de protection basée sur l'obligation de bonne foi. Le premier, le contrôle des clauses externes, illisibles ou incompréhensibles,³ impose au stipulant un devoir d'information, intimement lié à cette obligation. Le second mécanisme, le contrôle des clauses abusives,⁴ protège l'adhérent du stipulant qui prend avantage de façon excessive et déraisonnable de sa situation de supériorité économique ou technique. On est alors en présence d'une contravention à l'obligation de bonne foi.

1. Art. 1375 C.c.Q.

2. Le législateur élargit également les vices de consentement. Par exemple, art. 1401 C.c.Q. (dol), art. 1402 à 1404 C.c.Q. (crainte), art. 424, 472, 1623 al. 2, 2332 C.c.Q. (lésion)

3. Art. 1435 et 1436 C.c.Q.

4. Art. 1437 C.c.Q. : «La clause abusive d'un contrat de consommation ou d'adhésion est nulle ou l'obligation qui en découle, réductible. Est abusive toute clause qui désavantage le consommateur ou l'adhérent d'une manière excessive et déraisonnable, allant ainsi à l'encontre de ce qu'exige la bonne foi; est abusive, notamment, la clause si éloignée des obligations essentielles qui découlent des règles gouvernant habituellement le contrat qu'elle dénature celui-ci.»

Dans ce texte, nous tenterons de cerner le contenu de la notion de bonne foi dans l'interprétation de ce que constitue une clause abusive. Nous démontrerons que cette notion situe le cadre général du pouvoir d'intervention des tribunaux lorsqu'ils jugent en équité. L'article 1437 C.c.Q. est fondamentalement un recours d'équité. Le législateur réaffirme ainsi que le stipulant, dans ses rapports contractuels, doit respecter les exigences d'honnêteté, de loyauté et l'obligation de ne pas profiter d'une situation de supériorité économique ou technique. Nous remarquerons que la revalorisation de la notion de bonne foi dans le *Code civil du Québec* a un impact indéniable sur les tribunaux. Ils sont ainsi plus ouverts à considérer la relation contractuelle sous cet angle afin de contrôler le contenu contractuel. Le contrôle de la clause abusive par l'article 1437 C.c.Q. est l'une des options qui s'offrent à eux. En effet, l'absence de bonne foi lors de la formation et de l'exécution du contrat est sanctionnée généralement par les vices de consentement et l'abus de droit, mais le mécanisme de protection contre les clauses abusives est également invoqué dans ces cas.

Notre étude se fera en trois temps. Nous commencerons par l'analyse des éléments constitutifs de l'article 1437 C.c.Q. Nous étudierons plus particulièrement les notions de bonne foi et de désavantage excessif et déraisonnable. Nous analyserons un mécanisme comparable, soit la lésion entre majeurs. Nous constaterons que la protection contre les clauses abusives est un instrument d'intervention indépendant des vices de consentement. Dans un deuxième temps, nous nous attarderons sur l'application de cet article. Nous verrons comment les tribunaux circonscrivent la définition d'une clause abusive. Il se dessine un droit des contrats axé sur une plus grande justice contractuelle. La valorisation de la notion de bonne foi a un effet marqué sur le regard que les tribunaux portent sur les relations contractuelles et démontre clairement que la morale et l'équité ne sont pas absentes du droit des obligations. Dans un troisième temps, nous envisagerons les mécanismes de protection analogue.

PARTIE I - L'ANALYSE DE LA NOTION DE BONNE FOI DANS LE CADRE DE L'ARTICLE 1437 C.c.Q.

Cette analyse sera faite en étudiant les critères permettant de qualifier une clause d'abusives. L'article 1437 C.c.Q. définit les éléments qui donnent à une clause son caractère abusif. Cette définition s'articule autour de deux volets : la clause désavantageuse, excessive et déraisonnable allant à l'encontre de la bonne foi et la clause qui dénature le contrat. Notons immédiatement que ce dernier volet est en fait une illustration du caractère abusif d'une clause. Nous nous concentrerons sur le premier volet. Tout d'abord, nous tenterons de définir la notion de bonne foi et les obligations qui en découlent.

Sommes-nous en présence de deux éléments distincts, soit le désavantage et la bonne foi? Est-il nécessaire de prouver absence de bonne foi? Ces éléments sont-ils cumulatifs? Nous soumettons que la notion inscrite à cet article situe le cadre d'intervention du tribunal. Il s'agit en quelque sorte du dénominateur commun à l'intervention judiciaire. Le législateur affirme qu'un désavantage excessif et déraisonnable peut constituer une contravention à la bonne foi et à ses obligations sous-jacentes. Établissons maintenant la portée de cette notion, pour ensuite définir la notion de désavantage, et enfin saisir la portée de l'annulation d'une clause en regard de l'annulation du contrat entier.

1.1 Le sens et la portée de la notion de bonne foi

La bonne foi est le nouveau leitmotiv du code et de nombreuses dispositions y font allusion. Ce concept a toujours fait partie de notre droit, mais le *Code civil du Québec* l'élève au rang de règle de droit et le bonifie. Il n'en donne, par contre, aucune définition. Il s'agit d'un concept flou, d'une norme ouverte qui introduit dans le droit un élément moral.⁵ Selon les commentaires du législateur, il s'agit de «l'équivalent juridique de la bonne volonté morale

5. D. Philippe, «La bonne foi dans la formation du contrat en droit belge», dans *La bonne foi*, travaux de l'association *Henri Capitant*, *Journées Louisianaises*, tome XLIII, 1992, Paris, Litec, 1994, à la p. 61.

intimement liée à l'application de l'équité, la bonne foi est une notion qui sert à relier les principes juridiques aux notions fondamentales de justice».⁶

La bonne foi s'entend de deux façons, selon qu'elle est subjective ou objective. La notion de bonne foi subjective comporte un aspect psychologique ou intellectuel, soit une ignorance ou une croyance erronée.⁷ La bonne foi apparaît également comme une notion plus objective, une norme de comportement moral apprécié *in abstracto* selon les usages de la société.⁸ Les articles 6,⁹ 7,¹⁰ 1375¹¹ et 1437 C.c.Q. font appel à une notion objective de la bonne foi.

Au stade de la formation du contrat, la bonne foi est conçue comme une protection du consentement imposant une «exigence générale de loyauté et d'honnêteté». Selon Jourdain, cette exigence générale demeure encore trop vague et trop morale.¹² Il importe donc de lui donner un sens plus concret en déterminant des devoirs précis. L'un des devoirs est de ne pas tromper le cocontractant, de ne pas exploiter la faiblesse d'autrui et même la situation de supériorité économique. Il s'agit d'une obligation implicite de loyauté conçue de façon très large. L'exploitation de la situation d'infériorité par le contractant, dans une situation de force qui se rapproche de l'état de dépendance économique et du dol,¹³ est une forme de manquement à la bonne foi.

6. GOUVERNEMENT DU QUÉBEC, *Commentaires détaillés sur les dispositions du projet, Livre V : Des obligations*, Ministère de la Justice, Projet de loi 125, *Code civil du Québec*, août 1991, à la p. 19.

7. C'est de ce type de bonne foi dont traitent les articles en matière de prescription acquisitive, d'accession immobilière et de mariage putatif. B. Lefebvre, «La bonne foi dans la formation du contrat», (1992) *R. D. McGill* 1053 à la p. 1055 et P. Jourdain, «La bonne foi dans la formation du contrat en droit français», dans *La bonne foi*, travaux de l'association *Henri Capitant*, *Journées Louisianaises*, tome XLIII, 1992, Paris, Litec, 1994, p. 121.

8. P. Jourdain, *id.*

9. Art. 6 C.c.Q. : «Toute personne est tenue d'exercer ses droits civils selon les exigences de la bonne foi.»

10. Art. 7 C.c.Q. : «Aucun droit ne peut être exercé en vue de nuire à autrui ou d'une manière excessive et déraisonnable, allant ainsi à l'encontre des exigences de la bonne foi.»

11. Art. 1375 C.c.Q. : «La bonne foi doit gouverner la conduite des parties, tant au moment de la naissance de l'obligation qu'à celui de son exécution ou de son extinction.»

12. P. Jourdain, *loc. cit.*, note 7.

13. J.-L. Baudouin, *Les obligations*, 3e éd., Cowansville, Les Éditions Yvon Blais inc., 1989 à la p. 145.

L'exploitation doit être comprise dans son sens subjectif, soit profiter d'une situation de supériorité qui, dans le cas des contrats d'adhésion, peut être tant économique que technique.¹⁴

Le second devoir est un devoir d'information, soit celui de fournir tous les renseignements nécessaires pour obtenir un consentement éclairé. Cette obligation a une large portée, particulièrement en matière de consommation où l'on trouve un déséquilibre plus marqué des connaissances.¹⁵

Denis Philippe ajoute à ces deux aspects la notion de confiance réciproque des parties.¹⁶ Le contrat d'adhésion, plus encore que tout autre contrat, est basé sur cette confiance puisque ses clauses ne sont pas discutables. Cette confiance doit être protégée car elle est le fondement des rapports d'affaires.¹⁷ Ces liens sont conçus dans un but d'utilité économique et non pas dans le sens d'une recherche de profits sans contrainte. Ils doivent viser une convergence d'intérêts plutôt que leur opposition. Cette situation de supériorité technique ou économique naît des oppositions de notre société industrielle et peut engendrer l'exploitation de l'adhérent. Nous sommes loin du sens conventionnel d'exploitation, soit l'acte positif d'un contractant. La bonne foi englobe donc les notions de confiance, de loyauté et son pendant, l'obligation d'information.

Ces devoirs rejoignent, selon nous, la nouvelle conception de la bonne foi dans le cadre de l'abus de droit en matière d'exécution de contrat.¹⁸ Ainsi dans l'arrêt *Houle c. BCN*,¹⁹ la Cour déclare que la bonne foi est comprise dans le sens d'une norme de conduite acceptable dans la société, de l'exercice raisonnable d'un droit selon les règles d'équité et de loyauté. Transposé en

14. B. Lefebvre, «La bonne foi dans la formation du contrat en droit québécois», dans *La bonne foi*, travaux de l'association *Henri Capitant*, *Journées Louisianaises*, tome XLIII, 1992, Paris, Litec, 1994, pp. 85, 97.

15. P. Jourdain, *loc. cit.*, note 7.

16. D. Philippe, *loc. cit.*, note 5.

17. J. Carbonnier, «Introduction», dans *L'Évolution contemporaine du droit des contrats*, Journées René Savatier, Paris, Presses universitaires de France, 1986 à la p. 34.

18. P.-G. Jobin, «Grand pas et faux pas de l'abus de droit contractuel», (1991) 31 *C. de D.*, 153 à la p. 159.

19. [1990] 3 R.C.S. 122.

matière de formation du ou des contrats, le tribunal devrait considérer si les règles imposées dans le contrat ou le secteur en cause vont à l'encontre d'une conduite loyale et honnête et sont moralement et socialement acceptables.²⁰

Nos tribunaux sont donc appelés à contrôler le contenu obligationnel et à apprécier la conduite loyale, le degré de confiance investi dans le stipulant par l'adhérent, l'information donnée et le désavantage eu égard à toutes les circonstances. « La bonne foi intervient comme modérateur, en imposant une limite à la liberté de contracter ».²¹ L'évaluation du caractère abusif et déraisonnable d'une clause ainsi que l'analyse du concept de bonne foi donnent au juge un pouvoir très large d'appréciation des circonstances et du contexte. Ce large pouvoir d'appréciation nécessite une approche contextuelle. Une fois circonscrit le cadre d'intervention du tribunal, il nous faut revenir à la matérialisation de ce que constitue une clause abusive. Les commentaires du ministre suggèrent que cet article s'intègre aux règles actuelles en matière d'équité.²² Il offre « une mesure générale de contrôle des abus que permettent les contrats d'adhésion ».²³

1.2 Le désavantage excessif et déraisonnable, sa définition

1.2.1 Définition

Le *Petit Robert* donne la définition suivante de la notion de désavantage : « Ce qui constitue une infériorité, un inconvénient, un préjudice ».²⁴ Il doit y avoir un désavantage appuyé par un caractère excessif et déraisonnable qui le fait basculer dans le manquement aux règles de bonne foi. Hélène Bricks propose cette définition : « Est abusive toute clause entraînant, à l'avantage exclusif du professionnel, un déséquilibre des droits et obligations des parties ».²⁵ La définition de Bricks fait appel au caractère objectif du déséquilibre.²⁶

20. B. Lefebvre, *loc. cit.*, note 7, 1059.

21. *Id.*

22. G. Rémillard, « Présentation du projet de Code civil du Québec », (1991) 22 R.G.D. 5.

23. GOUVERNEMENT DU QUÉBEC, *op. cit.*, note 6 à la p. 84.

24. P. Robert, *Le nouveau Petit Robert I*, Paris, Le Robert, 1989.

25. H. Bricks, *Les clauses abusives*, Paris, L.D.G.J., 1982, p. 2.

26. *Id.*, p. 114

L'analyse du caractère excessif et déraisonnable doit-elle être objective ou subjective? Nous croyons que les deux aspects peuvent se côtoyer car le tribunal doit évaluer la situation dans son contexte après étude de l'ensemble du contrat.²⁷ Nous reviendrons sur cet aspect après avoir analysé la notion de lésion entre majeurs.²⁸

Le caractère excessif et déraisonnable rappelle des notions que l'on retrouve en matière de lésion. Il convient de citer l'article du *Code civil du Québec* qui définit la lésion :

Art. 1406 : « La lésion résulte de l'exploitation de l'une des parties par l'autre, qui entraîne une disproportion importante entre les prestations des parties; le fait même qu'il y ait disproportion importante fait présumer l'exploitation.

Elle peut aussi résulter, lorsqu'un mineur ou un majeur protégé est en cause, d'une obligation estimée excessive eu égard à la situation patrimoniale de la personne, aux avantages qu'elle retire du contrat et à l'ensemble des circonstances. »

Le contrôle des clauses abusives semble s'inspirer des mêmes notions. Nous illustrerons notre propos en citant Brigitte Lefebvre : «La sanction de l'exploitation d'un consommateur par la reconnaissance de la lésion entre majeurs peut s'analyser comme le reflet d'une interprétation large de la notion de bonne foi».²⁹

La clause qui ne doit pas désavantager l'adhérent d'une manière excessive et déraisonnable, allant ainsi à l'encontre de ce qu'exige la bonne foi (art.1437), est-elle équivalente à *l'exploitation par une partie entraînant une*

27. Ce principe d'interprétation fait partie de notre droit et est d'ailleurs repris à l'article 1427 C.c.Q. qui se lit ainsi : «Les clauses s'interprètent les unes par les autres, en donnant à chacune le sens qui résulte de l'ensemble du contrat.» La sanction de ce principe se trouve à l'article 1438 C.c.Q. : «La clause qui est nulle ne rend pas le contrat invalide quant au reste, à moins qu'il n'apparaisse que le contrat doive être considéré comme un tout indivisible. Il en est de même de la clause qui est sans effet ou réputée non écrite.»

28. *Infra*, section 1.3 - L'annulation d'une clause ou de l'ensemble du contrat.

29. B. Lefebvre, *loc. cit.*, note 14.

disproportion importante ente les prestations des parties (art.1406 al.1)? L'exploitation n'est-elle pas le non-respect du devoir de bonne foi, comme nous le propose la professeure Lefebvre? Ces notions d'exploitation et de contravention à la bonne foi menant à l'abus semblent proches parentes. Pourtant, comme nous le verrons, le désavantage n'est pas nécessairement équivalent à une disproportion importante.³⁰ L'inconvénient causé par une clause n'est pas toujours synonyme d'un défaut d'équivalence. L'illégalité de la clause peut, à elle seule, donner ouverture à la protection contre les clauses abusives.

Nous pouvons conclure de cette analyse que l'article 1437 C.c.Q. donne au juge la compétence de corriger les iniquités. Il semble faire référence à la lésion, mais son fondement est l'équité.

1.2.2 Parallèle avec la notion de lésion

En principe, les majeurs ne peuvent invoquer la lésion pour faire annuler un contrat sauf exception.³¹ Seuls les mineurs et les incapables sont restituables pour cause de lésion (1406 C.c.Q.). Ce principe est grandement atténué depuis l'adoption de la *Loi sur la protection du consommateur*³² et, selon nous, de l'article 1437 C.c.Q. L'analyse doctrinale, particulièrement celle de Massol, suggère que la nature de la notion de lésion entre majeurs s'éloigne du vice de consentement pour se fonder plutôt sur l'équité.

Deux formes de lésion sont généralement reconnues, soit les lésions objective et subjective. La lésion objective se définit traditionnellement comme un concept lié au déséquilibre des valeurs entre les termes de l'échange contractuel, la lésion rejoignant une forme d'erreur substantielle³³ sur la valeur de l'objet. Le déséquilibre des prestations ou l'aspect de non-équivalence des prestations est sanctionné par le tribunal. C'est la lésion que l'on retrouve à

30. *Infra*, section 1.2.3 - Rôle de l'équité à l'article 1437 C.c.Q.

31. Art. 424, 472, 1609, 1623 al. 2, 2332 C.c.Q.

32. L.R.Q., c. P-40.1. Voir particulièrement les art. 8 et 9.

33. J. Ghestin, « Les obligations. Le contrat : formation », *Traité de droit civil*, 2e éd., Paris, L.G.D.J., 1988 aux pp. 211-423. Au même effet, J.-L. Baudouin, *op. cit.*, note 13 à la p. 143.

l'article 1406 al.1 C.c.Q., qui se rattache aux éléments matériels intrinsèques au contrat.

La notion de lésion subjective développée à propos des mineurs et des majeurs protégés consiste à tenir compte non seulement du contrat, mais aussi de la personnalité du contractant, des circonstances et de l'effet sur le patrimoine de la personne soumise au régime de protection. On la retrouve à l'article 1406 al.2 C.c.Q. Elle est davantage reliée au consentement. Cette notion de lésion subjective a beaucoup évolué, particulièrement depuis l'introduction de la *Loi sur la protection du consommateur*.

La définition et la nature de la lésion subjective ne font pas l'unanimité chez les auteurs et celles qui ont été données peuvent difficilement être juxtaposées. Nous avons choisi de reprendre l'analyse des conceptions de la lésion élaborée par Massol, dans son ouvrage *La lésion entre majeurs*³⁴. Il divise la lésion subjective en deux volets et identifie un type de lésion lié à l'équité.

Pour Georges Massol, la lésion **subjective** possède un double volet relié soit à la personne lésée ou aux circonstances entourant l'opération (**lésion-remède**), soit au comportement de l'auteur de la lésion (**lésion-sanction**). La **lésion-remède** a surtout été développée dans des cas concernant des mineurs et des majeurs protégés. Elle porte sur l'impact du contrat sur le patrimoine, sans intervention du contractant placé en position de force. Par ailleurs, une partie de l'article 8 L.P.C.,³⁵ soit *l'obligation excessive, abusive ou exorbitante*, lue en conjonction avec l'article 9³⁶ de cette même loi, relève de cette catégorie.

34. G. Massol, *La lésion entre majeurs en droit québécois*, Coll. Minerves, Cowansville, Les Éditions Yvon Blais inc., 1989.

35. L'article 8 : «Le consommateur peut demander la nullité du contrat ou la réduction des obligations qui en découlent lorsque la disproportion entre les prestations respectives des parties est tellement considérable qu'elle équivaut à de l'exploitation du consommateur, ou que l'obligation du consommateur est *excessive, abusive ou exorbitante*.» (nos italiques)

36. L'article 9 : «Lorsqu'un tribunal doit apprécier le consentement donné par un consommateur à un contrat, il tient compte de la condition des parties, des circonstances dans lesquelles le contrat a été conclu et des avantages qui résultent du contrat pour le consommateur.» L'article 8 a également un sens objectif. L'arrêt *Gareau auto inc. c. Banque Canadienne Impériale de Commerce*, [1989] R.J.Q. 1091 (C.A.), confirme la double conception objective et subjective de la lésion.

L'étude de la lésion «s'effectue par un examen de l'avantage ou du préjudice économique résultant pour le contractant»³⁷. Ainsi, le tribunal a rejeté la réclamation d'une institution financière qui demandait le remboursement d'un prêt à une caution car, au moment de la formation du contrat, la banque savait que la caution était insolvable.³⁸ On s'éloigne du vice de consentement³⁹ pour se concentrer davantage sur une lésion-remède protégeant le contractant d'une erreur économique.

L'affaire *Brutus c. Joseph*⁴⁰ illustre que l'article 1437 peut inclure cet aspect subjectif. Voyons les faits. Les défendeurs Joseph sont poursuivis par leur filleul dans le cadre d'un contrat de parrainage d'immigrants. Il s'agit d'une stipulation pour autrui dans le cadre d'un contrat d'adhésion. La juge Rousseau tient compte de la capacité de payer de l'adhérent au moment de la formation du contrat. À cette époque, les défendeurs n'avaient pas la capacité financière de parrainer deux adultes et ce, à la connaissance du stipulant, le gouvernement.⁴¹ Elle ajoute qu'il s'agit d'une condition essentielle à la validité du contrat et conséquemment réduit à zéro la réclamation. Il y a donc abus d'une situation par le stipulant. Cette approche est donc très similaire à celle élaborée sous l'article 8 L.P.C.

Le deuxième volet de la conception subjective implique un aspect de **sanction**. Il vise l'exploitation de la situation d'infériorité. Ainsi, c'est l'exploitation qui sera sanctionnée. À titre d'illustration, en matière d'adhésion, le stipulant exploite sa position de force à l'encontre de l'adhérent et profite de son état de nécessité pour s'avantager indûment. Cette forme de lésion nécessite une preuve d'agir du contractant, quoique l'aspect objectif de la transaction puisse être pris en considération, la disproportion des prestations faisant

37. G. Massol, *op. cit.*, note 34 à la p. 119.

38. À titre d'exemple, *Banque de Nouvelle-Écosse c. Savard*, [1990] R.J.Q. 1707 (C.Q.) et *Banque de Montréal c. Nadon*, [1990] R.J.Q. 880 (C.Q.). Les banques doivent supporter leur imprudence lorsqu'elles acceptent de traiter avec un emprunteur dont elles connaissent l'insolvabilité.

39. *Id.*

40. J.E. 96-1884 (C.S.).

41. *Id.* aux pp. 12 et 16.

présumer l'exploitation⁴². L'action du stipulant ne doit pas être interprétée dans un sens restrictif, c'est-à-dire s'apparentant à celui des manoeuvres dolosives. En effet, l'exploitation peut faire référence à des rapports impersonnels, soit ceux des oppositions de notre société industrielle où certains contractants sont placés en situation de force face à d'autres contractants.⁴³

L'exigence de la notion de bonne foi peut également être un fondement de la conception de la lésion subjective-sanction. Sous cet angle, on s'attaque aux actes de l'auteur de la lésion, soit le manquement aux règles de moralité et de loyauté contractuelles. Ce manquement équivaut à contrevenir à la bonne foi prise dans son sens large et est sanctionné par la lésion entre majeurs. Cette notion de bonne foi serait une facette de l'obligation de loyauté.⁴⁴

La lésion subjective relève davantage du vice de consentement, quoique ce lien souffre d'une difficulté conceptuelle.⁴⁵ Si la lésion est fondée sur un vice de consentement, qu'est-ce qui la distingue alors du dol, de l'erreur, ou de la crainte. C'est ce qui amène Massol à positionner le problème de la façon suivante :

«Force nous est donc de conclure que si la lésion doit prendre en considération un élément subjectif de la personne lésée, cette recherche doit s'effectuer en dehors des cadres traditionnels des vices de consentement».⁴⁶

Cela amène Georges Massol à élaborer une autre conception de la lésion qui a comme fondement **l'équité**. Selon lui, il s'agit, pour le tribunal, de vérifier le caractère juste de l'engagement qui relèverait moins des comportements des

42. Cette interprétation est celle de Ghestin. Il se réfère à l'hypothèse avancée par l'ORCC, de mettre à la charge du défendeur, une fois la lésion établie, la preuve de ce qu'il n'y a pas eu exploitation de l'autre partie. J. Ghestin, *op. cit.*, note 33 à la p. 474.

43. *Id.*, p. 100; D.Philippe, *loc. cit.*, note 5. Cet auteur utilise la notion de lésion qualifiée qu'il définit ainsi : «(...) consiste à abuser des passions ou faiblesse de son partenaire pour obtenir des avantages anormaux».

44. B. Lefebvre, *loc. cit.*, note 14.

45. À ce propos, C. Masse, « Développements récents en matière de lésion entre majeur et d'équité contractuelle », dans *Congrès annuel du barreau du Québec*, 1990 aux pp. 170-172.

46. G. Massol, *op. cit.*, note 34 à la p. 29.

contractants que de la nature de la transaction eu égard aux circonstances. Le contrat doit être juste. Le tribunal se trouve à vérifier si le contrat ne crée pas une injustice qui pourrait être dangereuse pour l'ordre public.⁴⁷ C'est donc cette dernière forme qui rejoindrait davantage l'ordre public de protection, le législateur désirant instaurer une justice contractuelle conforme aux exigences sociales.⁴⁸ L'ancien article 1040c C.C.B.C. était qualifié par certains de lésion fondée sur l'équité.⁴⁹ Cette catégorie définie par Massol constitue une réponse à une philosophie moderne des contrats et des besoins sociaux.⁵⁰ Elle évite qu'on utilise le concept du vice de consentement que l'on relie habituellement à la lésion pour s'attarder à l'illégalité de la clause et au préjudice subi par l'adhérent.

1.2.3 Rôle de l'équité à l'article 1437 C.c.Q.

Maintenant, tentons de qualifier le fondement juridique de l'article 1437 C.c.Q. en le reliant à la lésion objective et aux diverses conceptions de la lésion élaborée par Massol. La lésion objective, soit le déséquilibre des prestations, ne retrouve pas son plein équivalent dans le terme *désavantage*; à titre d'exemple, la clause éloignée des obligations essentielles dénaturant le contrat. La recherche de l'abus ne tient pas dans la non-équivalence des prestations, mais dans l'illégalité de la clause par le préjudice que subit l'adhérent. À d'autres occasions, par contre, la disproportion entre les obligations de chacun pourrait être synonyme de désavantage excessif et déraisonnable.

La lésion subjective-remède axée sur la personne lésée pourrait, tel que nous l'avons démontré précédemment,⁵¹ être appliquée à l'article 1437 C.c.Q.

47. *Id.* à la p. 115.

48. *Id.*, p. 61.

49. J.-L. Baudouin, *op. cit.*, note 13 à la p.148 cite A. LAVALLÉE, «En marge du bill 48», (1964) 66 *R. du N.* 483; G. Brière, *Lois nouvelles*, Montréal, Presses de l'Université de Montréal, 1965 à la p.51; W. Morris, «De l'équité dans certains contrats», (1965) 25 *R. du B.* 65; G. Trudel, *Lésion et contrat*, Montréal, PUM, 1965.

50. G. Massol, *op. cit.*, note 34 aux pp. 58 et suiv.

51. C'est ce qui ressort de la décision *Brutus* c. *Joseph*, précitée, note 40 aux pp.12 et 16 où l'on prend compte de la capacité de payer de l'adhérent au moment de la formation du contrat. À cette époque, l'adhérent n'avait pas la capacité financière de parrainer deux adultes. Le caractère abusif du contrat existait au moment de la formation du contrat. La

La clause peut être la source de tracas et d'ennuis pour l'adhérent et ainsi être abusive. La lésion subjective-sanction, soit l'exploitation de la situation d'infériorité et le manquement aux règles de moralité et de loyauté, peut aisément se comparer aux exigences de bonne foi contenues à l'article 1437 C.c.Q.

Nous retrouvons donc tous les aspects de la lésion, mais nous préférons relier l'article 1437 C.C. à la dernière conception de la lésion suggérée par Massol, soit la lésion-équité qui favorise une approche davantage contextuelle. La clause est-elle juste, eu égard à l'ensemble des circonstances, et conforme à l'ordre public? Elle évite l'utilisation des concepts de lésions objective et subjective qui sont reliés aux vices de consentement, pour retenir plutôt celui de la finalité de la protection recherchée par le recours.

L'article 1437 C.c.Q. est un recours d'équité et conséquemment une forme de lésion entre majeurs. La finalité de la lésion n'est-elle pas de permettre au tribunal d'intervenir dans le contrat? Certains⁵² distinguent la lésion entre majeurs des clauses abusives en employant justement comme critère la portée de la sanction. Nous ne partageons pas cette opinion car l'appréciation du déséquilibre doit se faire en rapport avec l'ensemble du contrat.⁵³

1.3 L'annulation d'une clause ou de l'ensemble du contrat

Pour Louis Perret, la lésion vise le déséquilibre entre les droits et obligations des parties après examen de l'ensemble du contrat, alors que les clauses abusives ne se rattachent qu'aux clauses accessoires qui ne

juge conclut que cette clause dénature le contrat.

52. L. Perret, «Une philosophie nouvelle des contrats fondée sur l'idée de justice contractuelle», (1980) *R.G.D.* 537 à la p. 562. Il cite le professeur Ghestin.

53. L'article 1427 C.c.Q. doit recevoir application : «Les clauses s'interprètent les unes par les autres, en donnant à chacune le sens qui résulte de l'ensemble du contrat.» H. Bricks, *op. cit.*, note 25 aux pp.10-113. À titre d'exemple, c'est dans ce sens que la cour a évalué la situation dans l'arrêt *Caisse populaire Ste-Ursule c. Centre d'achats Neilson inc.*, [1986] R.D.I. 78 (C.A.) où un des avantages essentiels du contrat de louage était la présence de la caisse dans le centre d'achats. La caisse ayant déguerpi, la clause pénale était exécutoire malgré son caractère largement dissuasif. Il faut préciser que nous ne sommes pas en présence d'un contrat d'adhésion.

déséquilibrent pas tout le contrat. Ce commentaire peut être sujet à critique : d'une part, l'article 1437 C.c.Q. utilise les termes «dénature le contrat» donc fait référence au contrat dans son ensemble et, d'autre part, il faut tenir compte de la règle énoncée à l'article 1438 C.c.Q.⁵⁴

Il est vrai qu'une des différences entre la lésion et les clauses abusives se rattache à la portée de la sanction. La lésion vicie le consentement, et donc le contrat est présumé ne pas avoir été formé valablement, alors que seule la clause qui est abusive sera annulable ou réductible. Par contre, une clause abusive pourrait entraîner l'annulation de tout le contrat «si la clause en question est la cause déterminante du contrat».⁵⁵ Il s'agit d'identifier la considération principale du contrat. La clause susceptible d'être déclarée nulle doit véritablement entacher le but recherché du contrat pour qu'il soit annulé.⁵⁶

Nous prendrons à titre d'exemple la décision de *Brutus c. Joseph*.⁵⁷ Il s'agissait d'un contrat de parrainage où le but du contrat était d'obliger le parrain adhérent à assumer tous les frais de subsistance du filleul. Le filleul demande le respect de cette obligation. La juge Rousseau réduit à zéro l'obligation essentielle née de ce contrat et déclare le contrat abusif. Ce jugement illustre fort bien l'interprétation à donner à l'article 1438 C.c.Q.

Le débat théorique sur la nature de la clause abusive a peu d'écho en jurisprudence. La notion de bonne foi est également peu discutée lors de l'application de l'article 1437. Par contre, les tribunaux semblent ouverts à intervenir pour s'assurer que l'engagement soit juste et que la bonne foi soit

54. Art. 1438 : «La clause qui est nulle ne rend pas le contrat invalide quant au reste, à moins qu'il n'apparaisse que le contrat doive être considéré comme un tout indivisible. Il en est de même de la clause qui est sans effet ou réputée non écrite.»

55. M. Tancelin, «La justice contractuelle : expérience et perspectives au Québec», (1978) *R.I.D.C.* 1009 à la p. 1016. Il commente l'article 53 du rapport de l'ORCC. Le libellé de l'article 1438 C.c.Q. est légèrement différent de celui de l'article 53 : «La nullité d'une clause n'entraîne pas la nullité du contrat, à moins qu'il ne résulte de sa nature ou de la volonté des parties qu'il n'aurait pas été conclu sans elle.»

56. Dans la décision *Yoskovitch c. Tabor*, [1995] R.J.Q. 1397 (C.S.), le juge Bishop semble suggérer que seule une clause peut être annulée sous 1437 C.c.Q. Cette opinion nous apparaît erronée.

57. Précité, note 40.

respectée. Ils appliquent une approche pragmatique et globale à partir de la notion d'équité.

PARTIE II - LES APPLICATIONS JURISPRUDENTIELLES DE LA CLAUSE ABUSIVE

Les plaideurs ont rapidement invoqué la disposition en matière de contrôle de clause abusive illustrant le besoin de l'intervention judiciaire dans les contrats. L'article 1437 C.c.Q. est fréquemment utilisé en conjonction avec d'autres comme le respect de la bonne foi (6, 7 et 1375), l'erreur (1400), la réduction du prêt (2332) et la clause pénale (1623). À la lecture des décisions, il est difficile de tracer avec précision une définition de la clause abusive. Très souvent la clause est considérée abusive sans véritable explication. Il arrive fréquemment que les tribunaux comparent la clause présumée abusive avec ce qu'ils considèrent juste et raisonnable afin de justifier leur intervention. Nous analyserons la jurisprudence en matière de clause abusive sous trois aspects. Nous traiterons de ses applications générales soit de l'article 1437 C.c.Q., de la clause pénale et des taux d'intérêts usuraires.

Comme nous l'avons mentionné précédemment, dans l'application de l'article 1437 C.c.Q., nous sommes en présence d'un recours d'équité, d'une forme de lésion. L'engagement est-il juste, conforme aux exigences sociales? Les décisions suivantes recherchent le caractère équitable du contenu contractuel. Nous aborderons les décisions selon qu'elles concernent la clause abusive dans son application générale, la clause pénale abusive, ou encore la clause imposant un taux d'intérêt usuraire.

2.1 Les applications générales

Dans l'affaire *Micor Auto inc. c. Aubert*,⁵⁸ le défendeur se fait voler sa Jeep alors qu'il en est à la moitié du terme fixé de son contrat de location d'auto. Conformément à ce contrat d'adhésion, le propriétaire lui réclame la somme de 7 889,00 \$, soit la différence entre la valeur résiduelle du véhicule et le montant total du loyer qu'il reste à échoir plus un intérêt de 18% l'an. Le juge compare

58. J.E. 95-1087 (C.Q.).

la réclamation du propriétaire soit 42 395,51 \$ avec la perte d'usage du véhicule après 23½ mois et l'obligation projetée soit 42 519,92 \$ avec usage du véhicule pendant 48 mois. Cette comparaison est «choquante»,⁵⁹ le propriétaire s'enrichit abusivement. «L'application intégrale des clauses contractuelles ne reflète pas l'équité et désavantage le défendeur d'une manière excessive et déraisonnable».⁶⁰ Le juge Pagé réduit la demande à 2 000,00 \$.

Dans *Blais c. I.T.T. Canada Finance inc.*,⁶¹ un ancien vendeur réclame ses commissions à son employeur. Après avoir qualifié le contrat comme en étant un d'adhésion, le juge Vital Cliche détermine qu'une clause qui oblige le demandeur « d'être à l'emploi de la défenderesse lorsque celle-ci décide, pendant la période qu'elle s'est réservée, d'effectuer les paiements des commissions gagnées »⁶² est abusive, injuste et déraisonnable pour le demandeur.

La décision *Slush Puppie Montréal c. 153226 Canada Inc.*⁶³ est encore moins loquace. Le juge Vermette déclare abusive et nulle une clause qui ne permet pas au défendeur de contester les résultats d'un test fait par la demanderesse visant à s'assurer que le défendeur s'approvisionne uniquement chez elle.⁶⁴ En effet, il est impossible de vérifier l'exactitude d'un tel test; on demande donc à la Cour de faire un acte de foi.

L'affaire *Bel-Gaufre inc. c. 159174 Canada inc.*⁶⁵ offre une autre illustration. Il s'agit d'un contrat de franchise qualifié de contrat d'adhésion. On y retrouve une clause qui prévoit que lors de la terminaison, expiration ou résiliation de la convention, *pour quelque raison que ce soit*, toutes sommes dues au franchiseur lui seront payables. On y prévoit également une renonciation du franchisé à tous ses recours. Afin de qualifier cette clause d'abusives, le tribunal analyse longuement la preuve afin de connaître les raisons qui ont mené à sa terminaison. Il retient que la déconfiture du commerce résulte

59. *Id.*, p. 5.

60. *Id.*

61. J.E. 95-772 (C.S.).

62. *Id.*, p. 5.

63. [1994] R.J.Q. (C.Q.) 1703.

64. *Id.*, p. 1705.

65. J.E. 95-1448 (C.S.).

des actions de deux parties. Conséquemment, il serait abusif de ne pénaliser que le franchisé.⁶⁶ La clause de renonciation est également considérée comme abusive. Il existe un trop grand déséquilibre entre les obligations des parties.

La notion de bonne foi n'est aucunement analysée dans ces arrêts. On s'attarde plutôt à l'aspect injuste et inéquitable de la clause. Ces mêmes commentaires s'appliquent à l'examen de la clause pénale.

2.2 La clause pénale abusive

Une clause pénale peut être qualifiée d'abusive, qu'elle naisse ou non d'un contrat d'adhésion. Par contre, elle ne pourra être annulée que si nous sommes en présence d'un contrat de consommation ou d'adhésion, dans les autres cas, elle pourra être uniquement réduite.⁶⁷ Voyons dans quelles circonstances les tribunaux ont identifié une clause pénale comme étant abusive.

Tout d'abord, l'affaire *Société générale Beaver inc. c. Métaux ouvrés St-Philippe inc.*⁶⁸ illustre un cas de contrat d'adhésion, à savoir un crédit-bail. La clause litigieuse concerne la terminaison du contrat en cas de défaut. Dans une même clause, on peut y lire tous les recours que le locateur possède contre le locataire : rétention du loyer déjà versé, perception de tout le loyer dû au contrat, pénalité de 15% sur tout loyer impayé, reprise des équipements, résolution du bail et faculté de revendre le matériel en créditant le locataire. Le juge Yves Forest considère la clause clairement abusive :

« Réclamer une somme de 61 071,56 \$ dans les circonstances, alors que l'équipement a été repris après 4 versements, et qu'une partie de l'équipement, du moins, a été relouée par la demanderesse, *c'est clairement une situation abusive* et, dans les circonstances, le Tribunal

66. *Id.*, p. 11.

67. Cette distinction est faite dans la cause *Serviettes industrielles Normand inc. c. Automobiles Rivière-du-Loup inc.*, J.E. 96-1384 (C.Q.) et *Grenier-Lacroix c. Lafond*, J.E. 94-358 (C.Q.) à la p. 6. Art. 1623 C.c.Q. : « Le créancier qui se prévaut de la clause pénale a droit au montant de la peine stipulée sans avoir à prouver le préjudice qu'il a subi. Cependant, le montant de la peine stipulée peut être réduit si l'exécution partielle de l'obligation a profité au créancier ou si la clause est abusive. »

68. J.E. 94-1295 (C.S.).

conclut qu'il y a lieu de réduire le montant réclamé à une somme globale de 10 000,00 \$ pour tenir compte de tout montant exigible par la demanderesse des défendeurs». ⁶⁹ (nos italiques)

Dans *Concordia Services sanitaires inc. c. Investissements Nakis inc.* ⁷⁰ la clause pénale a été qualifiée d'abusive. Le juge Cliche considère déraisonnable et excessif d'imposer la totalité de la pénalité réclamée car il est douteux que la demanderesse eut réalisé un profit net de 50% si elle avait exécuté le contrat. Il réduit donc la réclamation de 51 704,00 \$ à 30 000,00 \$.

Dans *Grenier-Lacroix c. Lafond* ⁷¹ une clause pénale est insérée dans un bail commercial. Elle prévoit une pénalité équivalant à 25% des sommes perçues par avocat. Le tribunal réduit le taux à 15%. Ce taux est plus en accord avec le taux de perception en matière de loyer, qui est une créance protégée. ⁷² Le juge examine donc ce qui lui apparaît raisonnable eu égard aux circonstances. Il utilise son pouvoir discrétionnaire afin que le contrat soit juste. C'est un exemple typique d'équité contractuelle et, encore une fois, il n'est pas question explicitement de bonne foi.

Voyons maintenant une décision contraire où le tribunal s'applique à définir la notion d'abus. Il s'agit de la décision *Serviettes industrielles Normand inc. c. Automobiles Rivière-du-Loup inc.*, ⁷³ où la défenderesse demandait l'annulation ou la réduction de la clause pénale. Le juge Bossé refuse d'y voir un contrat d'adhésion. Il confond selon nous les critères permettant de qualifier le contrat d'adhésion, soit l'imposition des conditions essentielles et l'impossibilité de les négocier, en retenant plutôt la négociation d'égal à égal et la liberté de contracter ou non. ⁷⁴ Il analyse ainsi l'article 1437 C.c.Q. :

69. *Id.* à la p. 13. La demanderesse poursuivait pour une somme de 61 071,00 \$ incluant les loyers dus et la pénalité de 15%.

70. J.E. 96-1473 (C.S.). Il n'est pas mentionné s'il s'agit d'un contrat d'adhésion.

71. Précitée, note 67.

72. *Id.* à la p. 7.

73. Précité, note 67.

74. *Id.* à la p. 7.

«L'abus résulterait donc du caractère excessif et déraisonnable de la clause, caractère résultant de l'exploitation ou de la mauvaise foi».⁷⁵

Il reste à savoir quel sens il donne à l'exploitation. Il n'en fournira pas d'explications et conclut que la clause n'est pas abusive. Par contre, il compare le montant de la pénalité à des cas de résiliation de contrat qui entraînent le paiement de dommages-intérêts compensatoires d'une importance équivalente.⁷⁶

Il est inapproprié selon nous de mettre sur un pied d'égalité exploitation et mauvaise foi. Nous avons vu précédemment que l'exploitation doit s'entendre dans un sens beaucoup plus large que celui de manoeuvres dolosives. Il s'agit de l'exploitation d'une situation de supériorité économique ou technique, ou encore de la faculté de prévoir le contenu obligationnel.

Nous terminons cette section par l'étude des taux d'intérêts abusifs. Nous constatons que l'emprunteur peut invoquer la lésion prévue à l'article 2232 C.c.Q., l'article 8 et 9 L.P.C. ou encore l'article 1437 C.c.Q.

2.3 Les taux d'intérêts usuraires

Dans la très vaste majorité des cas, l'emprunteur est un consommateur et un adhérent. Il bénéficie d'une protection spécifique contre la lésion entre majeurs.⁷⁷ C'est là que l'on constate que la lésion est proche parente de la clause abusive. La compagnie Crédit Trans-Canada est particulièrement à l'honneur et reçoit à l'occasion des directives contradictoires des tribunaux.

Ainsi, dans l'affaire *Crédit Trans-Canada c. Prévost*,⁷⁸ un taux de 39,85% n'a pas été considéré abusif. Pour le juge Dansereau, le taux d'intérêts

75. *Id.* à la p. 8. L'affaire *Demers c. Caisse populaire Gentilly*, J.E. 95-2147 (C.S.) est une autre illustration de cette tendance à opposer la bonne foi à la mauvaise foi ou la collusion.

76. *Id.* à la p. 9.

77. Art. 2332 C.c.Q. : «Lorsque le prêt porte sur une somme d'argent, le tribunal peut prononcer la nullité du contrat, ordonner la réduction des obligations qui en découlent ou, encore, réviser les modalités de leur exécution dans la mesure où il juge, eu égard au risque et à toutes les circonstances, qu'il y a eu lésion à l'égard de l'une des parties.». Une disposition similaire apparaissait à l'article 1040c du C.c.B.C..

78. J.E. 95-662 (C.Q.).

élevé ne justifie pas en soi l'intervention du tribunal, puisqu'il faut prouver conformément à l'article 1437 C.c.Q. qu'il contrevient à la bonne foi : «Or, le taux d'intérêt est clairement indiqué au contrat». ⁷⁹ Le juge se refuse à analyser le caractère juste de l'engagement. Il se contente de constater que l'emprunteur était informé du taux d'intérêts. Il y a peut-être là confusion entre clause abusive et clause incompréhensible. ⁸⁰ Il est intéressant de noter que pour le juge Dansereau les articles 8 et 9 L.P.C. et l'article 2332 C.c.Q. s'appliquent également en matière de taux d'intérêts déraisonnables.

C'est le même constat que fait le juge Bélanger dans l'affaire *Crédit Trans-Canada c. Clemens*. ⁸¹ Dans cette, affaire, il s'agit d'un prêt d'argent au taux de 39,61% suite à une consolidation de dette. L'emprunteuse invoque et produit sa déclaration au greffe des dépôts volontaires, et elle demande le rejet de l'action en vertu d'un certificat-quittance obtenu du greffier. Le juge rejette l'action pour motif de chose jugée à la quittance et aux dispositions sur le dépôt volontaire mais également en se basant sur l'article 2332 C.c.Q. Le juge Bélanger tente une analyse de la portée de ces mêmes articles. Il commence en définissant la notion de lésion pour un prêt d'argent.

«Lorsqu'il s'agit d'un prêt d'argent, le contrat est unilatéral. En tel cas, l'usure est une notion distincte de la lésion. L'usure comporte en effet une aggravation possible des obligations qu'une partie assume dans un contrat. Pour la découvrir, on doit comparer le contenu de l'obligation souscrite à celle qui aurait dû normalement l'être». ⁸²

Pour lui, l'article 2332 C.c.Q. fixe la sanction, l'article 1437 C.c.Q. fixe la norme et l'article 8 L.P.C. condamne l'exploitation de la faiblesse économique du consommateur. ⁸³ Le juge Bélanger retient que le contrat est injuste car il

79. *Id.* à la p. 20.

80. Voir à ce sujet, N. Vézina dans «Réactions judiciaires à quelques nouveautés du droit des obligations» *Développements récents en droit civil (1995)*, Service de formation permanente, Barreau du Québec, Cowansville, Les Éditions Yvon Blais, 1995, 71 à la p. 95.

81. J.E. 95-555 (C.Q.).

82. *Id.* à la p. 22. Il commencera par établir que la lésion est généralement définie comme un préjudice matériel résultant d'un défaut d'équivalence entre les prestations.

83. *Id.* à la p. 23.

constitue une exploitation éhontée d'une humble personne déterminée à payer ses dettes.

Le juge Simon Brossard s'en tient à l'analyse de l'article 2332 dans la décision *Corp. Crédit Trans-Canada c. Robert*.⁸⁴ Il s'agit d'un prêt à un taux de 39,97%. Le défendeur n'est pas libéré par sa faillite car il a fait de fausses déclarations à la demanderesse. Le juge retient que la demanderesse connaissait le revenu net du défendeur lors de la conclusion du prêt. Il conclut que le taux d'intérêt élevé ainsi que l'inaction de la demanderesse à faire valoir sa réclamation pendant la faillite sont abusifs et réduit de moitié les intérêts.⁸⁵

Lors de l'utilisation de l'article 1437, la notion de bonne foi est peu employée ou du moins quand le tribunal l'analyse, c'est pour conclure qu'il n'y a pas eu de contravention à la bonne foi. Nous constatons qu'afin d'établir la nature abusive d'une clause, les tribunaux évaluent parfois la situation en tentant d'établir une norme de conduite qu'ils comparent avec la situation étudiée. Cette façon de procéder nous paraît adéquate et justifiée. Par contre, comme nous le verrons, les plaideurs n'hésitent pas à invoquer la sanction d'un vice de consentement, la contravention à la bonne foi ainsi que la clause abusive tout à la fois, faisant ainsi flèche de tout bois.

PARTIE III - LES MÉCANISMES DE PROTECTION ANALOGUE

3.1 La bonne foi et la sanction des vices de consentement

Nous désirons illustrer que la notion de bonne foi peut prendre aisément préséance sur l'article 1437 qui n'est en fait qu'un des mécanismes sanctionnant sa contravention. La nature du contrat élève les exigences de la bonne foi.

Dans l'affaire *Boless inc. c. Résidence Denis-Marcotte*,⁸⁶ le juge Jules Allard doit interpréter les clauses d'un contrat de construction qu'il qualifie de

84. J.E. 96-1899 (C.Q.).

85. *Id.* à la p. 5. Pour étude plus détaillée de la jurisprudence sous l'article 1040c, voir N. Croteau, *Le contrat d'adhésion : de son émergence à sa reconnaissance*, Montréal, Wilson et Lafleur, 1996 aux pp. 111 et suiv.

86. J.E. 95-1890 (C.S.).

contrat d'adhésion. Il doit décider si les appareils de plomberie (bains thérapeutiques) sont inclus dans le devis. Le juge constate que le propriétaire a laissé subsister un doute et que, conséquemment il avait l'obligation de faire la lumière sur les ambiguïtés pour que le soumissionnaire comprenne l'étendue de ses obligations. Le propriétaire a manqué à son devoir d'information et de bonne foi.

Le juge Allard rejette l'argument de la clause abusive. Selon lui, il s'agit plutôt d'un comportement discutable lors de l'attribution du contrat, démarche qui doit être empreinte de bonne foi.⁸⁷ Il s'exprime ainsi :

«Les exigences de quelqu'un qui traite en toute bonne foi, surtout dans le cas d'un contrat d'adhésion, commande [sic] dans le cas actuel qu'on dénonce cette difficulté réelle, connue de la personne qui demande l'exécution du contrat».⁸⁸

Les vices de consentement cèdent le pas à la clause abusive. D'une part, ils visent clairement l'annulation du contrat dans sa totalité. D'autre part, ils sont moindres et inclus dans une preuve de dol. En voici un exemple : dans *Lachapelle c. Promotions C.G.S. inc.*,⁸⁹ une clause d'un crédit-bail d'un appareil de nettoyage prévoyait qu'aucune représentation ou engagement, à part ceux apparaissant dans le contrat, n'avait été fait. Le locataire alléguait fausses représentations quant à l'exclusivité du produit dans le secteur. Le juge Roberge conclut au dol du représentant et annule le crédit-bail, même si les représentations n'ont pas été faites directement par l'institution prêteuse. Le représentant avait l'autorité nécessaire afin d'engager les fonds du prêteur. Il ajoute que même s'il n'avait pas été mandataire, cette clause disculpatoire est sans valeur en vertu de l'article 1437. On ne peut dans un contrat de crédit-bail rendre inopposable au locateur le dol du fournisseur ou de ses mandataires : on écarte par là la bonne foi.⁹⁰

87. *Id.* à la p. 8.

88. *Id.* à la p. 9.

89. J.E. 95-1356 (C.Q.).

90. *Id.* à la p. 15.

Dans *Yoskovitch c. Tabor*,⁹¹ les demandeurs demandent l'exécution d'un contrat de vente d'entreprise et la défenderesse, son annulation pour cause d'erreur et de fraude. Elle invoque également l'article 1437 concernant la clause sur le prix d'achat. Le juge Bishop retient que ce contrat est d'adhésion. À cause de son éducation limitée, de sa connaissance insuffisante de l'anglais, de son manque d'expérience en affaires et de la pression faite par les demandeurs pour qu'elle signe le contrat sans possibilité de l'étudier au préalable, elle a été incapable de négocier les termes de l'entente. C'est pour ces mêmes raisons que le tribunal conclut que les demandeurs ont pris indûment avantage de la défenderesse. Il en résulte que son consentement n'a pas été éclairé, ce qui a occasionné son erreur sur la valeur de l'entreprise, le prix à payer et les modalités de paiements. De plus, le juge Bishop considère le prix abusif et déraisonnable. Curieusement, il annule donc le contrat pour cause d'erreur.

L'obligation de bonne foi et son corollaire, le devoir d'informer, permet de faire annuler un contrat ou une clause défavorable.⁹²

La protection contre les clauses abusives doit également être distinguée de l'abus de droit contractuel. Il n'est pas toujours facile de distinguer entre la clause elle-même et l'exécution de cette même clause.

3.2 L'exercice déraisonnable d'un droit

L'exercice déraisonnable d'un droit peut prendre préséance sur le droit lui-même. La limite entre l'illégalité d'une clause qui accorde une discrétion et l'exercice de cette discrétion n'est pas toujours facile à tracer. L'abus naît-il de son existence ou de son exercice? La distinction n'est pas toujours évidente.

Ainsi, dans la décision *Fédération des médecins résidents du Québec c. Université de Montréal*,⁹³ l'université est autorisée à modifier le contrat

91. Précité, note 56.

92. À titre d'exemple, *GMC Construction inc. c. Terrebonne*, J.E.95-1291 (C.S.) où le soumissionnaire remettait en cause une clause d'assumption des coûts, il prétendait ne pas avoir été informé de toutes les conditions du sol. L'entrepreneur ne peut, en vertu du principe d'équité être contraint de supporter le coût de travaux qu'il n'a pas soumissionnés.

93. [1994] R.J.Q. 1650.

universitaire relativement aux frais de scolarité. Cette clause dite tacite est contestée par la Fédération qui la qualifie d'abusives et requiert l'annulation de la hausse. Le juge Tellier leur donne raison. Une hausse de 250% est abusive, excessive et déraisonnable. De plus, cette hausse ne s'applique qu'au seul groupe de résidents en médecine, ce qui est discriminatoire et abusif. Les augmentations sont donc considérées nulles sauf pour une indexation de 1,9% représentant l'indexation au coût de la vie. On peut constater que c'est non pas le pouvoir de hausser les frais de scolarité qui est abusif mais bien son exercice. Pourtant c'est l'article 1437 qui est utilisé et à aucune occasion il ne sera question de bonne foi. Il semble donc exister une confusion entre la clause exercée et l'exercice abusif d'un droit⁹⁴ prévu au contrat et le caractère abusif de la clause elle-même.

Cette difficulté de distinguer entre la clause abusive et l'exercice abusif d'un droit est également illustrée dans l'affaire *Bel-Gaufre inc. c. 153226 Canada inc.*⁹⁵. Une clause prévoit que lors de la terminaison, l'expiration ou la résiliation de la convention, pour quelques raisons que ce soit, toutes sommes dues au franchiseur lui seront payables. Le juge examine les raisons qui ont mené à la terminaison du contrat de franchise avant de qualifier la clause d'abusives. En fait, il n'établit pas qu'une telle clause est en soi abusive mais qu'elle le devient à la lumière de toutes les circonstances. En d'autres termes, il tient compte de la façon dont le contrat a été exécuté ou non et retient que le stipulant a contribué à la déconfiture du commerce de l'adhérent et conclut à une clause abusive. Ne serait-il pas plus exact de parler d'abus de droit contractuel? La ligne de démarcation est mince.

Dans un contrat d'adhésion, les clauses rencontrées sont souvent au plus strict avantage du stipulant. Lors de leur mise en application, la plus grande bonne foi doit présider. Le stipulant doit agir en toute bonne foi, raisonnablement et équitablement. Il ne doit pas abuser de son pouvoir.⁹⁶

94. Cette analyse est faite par N. VÉZINA, *loc. cit.*, note 80 à la p. 95.

95. Précité, note 65. L'analyse de cette affaire a été faite dans la section 2.1 - Les applications générales.

96. À titre d'exemple, 2632-7502 *Québec inc. c. Pizza Pizza Canada inc.* J.E. 95-1568 (C.S.) (dommages pour inexécution contractuelle), *Système Troc c. Bourbonnière*, LPJ 94-1926 (action en découvert de compte) et *Sigma Construction inc. c. Ievers*, J.E. 95-1846 (C.S.)

La bonne foi est donc requise à tous les stades. À la formation du contrat, son absence vicie le consentement et lors de l'exécution, son absence empêchera l'application des clauses litigieuses. En matière de protection contre les clauses abusives, on constate que la notion de bonne foi sert de cadre à l'intervention du tribunal sans plus. On s'attache plutôt au caractère juste de l'engagement.

CONCLUSION

Nous espérons avoir démontré que la notion de bonne foi énoncée à l'article 1437 C.c.Q. sert souvent de support à l'intervention du tribunal et que ce recours est l'un des outils mis à la disposition du tribunal pour faire respecter cette obligation. L'analyse jurisprudentielle nous amène à conclure que les tribunaux interviennent dans des cas de déséquilibre des prestations, d'exploitation et même de protection du patrimoine de l'adhérent ou du consommateur.

Ainsi, nous croyons que le respect de l'obligation de bonne foi contraint le stipulant à ne pas proposer à l'adhérent des clauses désavantageuses excessives ou déraisonnables. Toutefois, il reste à se demander, quelles sont les possibilités qu'une clause abusive soit annulée dans un contrat de gré à gré par le seul effet de l'obligation de bonne foi. En effet, le contrôle des clauses abusives n'est qu'un mécanisme visant à protéger la bonne foi. Le fond ne doit-il pas l'emporter sur la forme? Ne pourrions-nous pas invoquer simplement le principe général énoncé aux articles 6, 7 et 1375 C.c.Q. afin de permettre l'intervention des tribunaux?⁹⁷ Il y a en effet une certaine incohérence de la part du législateur dans le fait d'avoir réservé l'annulation des clauses abusives au seul contrat d'adhésion et/ou de consommation alors que la revalorisation de la bonne foi sert de pierre angulaire à la réforme du droit des contrats.

(dommages pour résiliation de contrat).

97. C'est ce qui se dégage de la décision *Verrelli c. Brave*, J.E. 94-297 (C.S.). Dans le cadre d'un bail commercial, le juge Georges Savoie affirme que des clauses extraordinaires surprotégeant les locataires et prévoyant la renonciation par les locataires de leurs recours contre le locateur, contreviennent à la bonne foi et ouvrent la porte à l'annulation selon l'article 1375 C.c.Q. (bonne foi) et 1400 et 1401 C.c.Q. (erreur).

Nous constatons que les tribunaux ont fait preuve d'ouverture en favorisant une approche contextuelle lors de l'analyse des contrats. Ils ont également démontré qu'ils pouvaient exercer leurs pouvoirs sans mettre en danger l'équilibre des contrats. Ces nouvelles limitations à la liberté de contracter ne semblent pas avoir ébranlé la stabilité des contrats. Il reste à voir quelle approche privilégiera la Cour d'appel en cette matière.

L'équité et la notion de bonne foi introduisent des concepts flous qui nécessiteront des tribunaux leur constante redéfinition selon chaque cas d'espèce. Dans ce contexte, les ramifications de ces notions ne nous sont pas encore toutes connues et restent donc à découvrir.

RDUS

Revue de DROIT

UNIVERSITÉ DE SHERBROOKE

Titre : PREUVE ET PRÉSUMPTION DE BONNE FOI

Auteur(s) : Vincent KARIM

Revue : RDUS, 1995-1996, volume 26, numéro 2

Pages : 429-454

ISSN : 0317-9656

Éditeur : Université de Sherbrooke. Faculté de droit.

URI : <http://hdl.handle.net/11143/12873>

DOI : <https://doi.org/10.17118/11143/12873>

Page vide laissée intentionnellement.

PREUVE ET PRÉSUMPTION DE BONNE FOI

par Vincent KARIM*

SOMMAIRE

I.	INTRODUCTION	431
II.	LA PRÉSUMPTION DE BONNE FOI	432
A.	Nature de la présomption	433
B.	La preuve requise	435
C.	La présomption de bonne foi a-t-elle encore sa rigueur? .	438
1.	Commentaires généraux	439
2.	Cas de l'acheteur d'un bien mobilier	441
III.	LES EXCEPTIONS	443
A.	L'article 1714 C.c.Q. al. 2	444
B.	L'article 1420 C.c.Q.	447
C.	L'article 932 C.c.Q.	447
D.	Cas divers	448
IV.	LA CODIFICATION DE LA BONNE FOI	449
A.	La notion de bonne foi : définition et critères	450
B.	L'incidence de la codification de bonne foi sur la présomption	451
V.	CONCLUSION	454

*, Avocat et professeur à l'Université du Québec à Montréal.

I. INTRODUCTION

Bien que la codification de la notion de la bonne foi ne nous apparaisse pas, à première vue, comme opérant un changement par rapport à ce qui existait sous l'empire de l'ancien Code civil, on constate qu'après un examen des dispositions traitant de la règle de la bonne foi, cette codification contient certaines modifications que nous ne pouvons passer sous silence. Il nous semble que ces changements ne se limitent pas, en effet, à de simples modifications à certaines règles de droit existantes, mais consistent aussi à introduire une nouvelle approche dans l'application de ces règles.

Le nouveau concept de bonne foi, adopté par le législateur dans le nouveau Code civil, oblige désormais les juristes à tenir compte du fait que la bonne foi n'est plus une obligation morale, mais est devenue bel et bien une obligation légale ayant sa propre existence et sa propre sanction qui, dans certains cas, peuvent être indépendantes de celles des autres obligations à la charge du débiteur. En d'autres termes, le débiteur a maintenant une obligation à respecter, un devoir à remplir, soit celui de se conduire et d'agir en toute bonne foi, peu importe la situation dans laquelle il se trouve, que celle-ci découle d'une relation contractuelle, d'un acte ou d'un fait juridique auquel la loi attache d'autorité les effets d'une obligation.¹

Les tribunaux appelés à appliquer les règles de droit ne peuvent désormais, dans leur raisonnement juridique, échapper à l'influence que pourrait avoir ce nouveau concept, ni ignorer la portée de la nouvelle obligation de se conformer à ses exigences.

L'objet de la présente étude se limite à la question de savoir si la bonne foi est toujours présumée ou si au contraire elle doit être prouvée dans certains cas.

Nous n'avons donc pas l'intention de nous attarder sur le rôle de la bonne foi ni de tenter de faire une étude approfondie pour la circonscrire selon ce qu'elle nous paraît être aujourd'hui à travers les dispositions du nouveau Code civil. Nous n'essaierons pas non plus d'expliquer l'objectif du législateur dans son choix d'introduire dans notre droit ce qui n'était auparavant qu'une obligation

1. Article 1371 C.c.Q.

morale. Il nous est toutefois difficile de traiter d'une manière objective et complète de la problématique de la règle relative à la preuve et à la présomption de bonne foi, sans tenir compte de l'influence que peut avoir le nouveau concept dans l'interprétation et l'application des dispositions pertinentes à cette question.

L'étude de ce sujet nous amène, dans un premier temps, à voir si la règle antérieurement prévue à l'article 2202 C.c.B.C. et appliquée par les tribunaux à maintes reprises, a été reproduite par le législateur sans aucune modification ou changement. Pour ce faire, il faut procéder, d'une part, à l'examen de la règle générale de la présomption de bonne foi et de l'exception formulées à l'article 2805 C.c.Q. et, d'autre part, à l'analyse de certaines dispositions exigeant la bonne foi comme condition à l'existence ou à l'exercice du droit qui y est prévu.

Dans un deuxième temps, nous verrons si la codification de la notion de bonne foi dans plusieurs dispositions du Code civil, notamment aux articles 6, 7 et 1375 C.c.Q., apporte à son tour des modifications à la règle relative à la présomption de bonne foi.

II. LA PRÉSUMPTION DE BONNE FOI

Il faut souligner d'abord que la présomption de bonne foi, déjà présente dans l'ancien Code civil,² au titre relatif à la prescription, et maintes fois appliquée par les tribunaux, se trouve maintenant codifiée à l'article 2805 C.c.Q., soit dans le chapitre relatif à la preuve.

Il nous semble que le législateur a jugé opportun de déplacer cette règle pour qu'elle fasse partie des règles de preuve, d'une part, et que l'on puisse référer, d'autre part, aux principes généraux de droit applicables en la matière pour comprendre l'étendue de cette présomption. Selon ces principes, lorsqu'une partie veut faire valoir un droit, elle doit prouver les faits qui soutiennent sa prétention.³ Il s'ensuit que la partie qui invoque la mauvaise foi ou l'absence de bonne foi de l'autre devra en faire la preuve, étant donné que la bonne foi de cette dernière est toujours présumée selon la règle générale prévue à l'article 2805 C.c.Q. Il faut toutefois noter que la deuxième partie de l'article 2805 C.c.Q., à savoir «à moins que la loi n'exige expressément de la prouver»,

2. Article 2202 C.c.B.C.

3. Article 2803 C.c.Q.

est une nouvelle formulation qui diffère dans sa portée de celle qui existait auparavant à l'article 2202 C.c.B.C. et qui n'admettait pas d'exception à la règle.⁴ Il nous semble que cette nouvelle formulation entraîne des changements importants dont les tribunaux auront à tenir compte lors de l'interprétation et l'application de certaines dispositions que nous allons examiner un peu plus loin.

La nouvelle disposition prévoit donc que, dans certains cas, la présomption de bonne foi ne jouera pas et que la loi peut donc forcer le justiciable à faire la preuve de sa bonne foi ou tout au moins à établir que sa conduite, ses gestes et son comportement à une occasion déterminée sont conformes aux exigences de la bonne foi.

Dans cette optique, on peut confirmer que le législateur à l'article 2805 C.c.Q., s'inscrit dans la lignée d'une codification soucieuse d'un plus grand rapprochement entre la morale et le droit qui fait de la bonne foi un principe primordial qui doit guider les parties dans leurs relations juridiques.

A. Nature de la présomption

La règle générale demeure que la bonne foi se présume et que la personne en faveur de qui cette présomption est établie est dispensée d'en faire la preuve.⁵ Il ne s'agit cependant pas ici d'une présomption irréfragable mais d'une présomption relative qui pourra être repoussée par preuve contraire. Une analyse de la jurisprudence et de la doctrine nous permet de déterminer la portée de cette preuve et de savoir en quoi elle consiste.

Les tribunaux admettent parfois qu'une preuve d'absence de bonne foi est suffisante afin de renverser la présomption de bonne foi. Cette absence de bonne foi se déduit après un examen attentif de la conduite de la personne. Le tribunal doit cependant être convaincu par preuve prépondérante de l'absence de

4. «2202. La bonne foi se présume toujours. C'est à celui qui allègue la mauvaise foi à la prouver.»

5. Article 2847 C.c.Q. ; Voir dans ce sens Paradis c. Côté, (20 avril 1995), Chicoutimi 165-02-000193-943, J.E. 95-1163 (C.Q.).

bonne foi pour écarter la présomption.⁶ Dans l'affaire *Dafgelt Finance Corporation c. Compagnie Trust Royal*,⁷ la requérante Dafgelt, créancière hypothécaire, invoquait à l'encontre d'une autre créancière hypothécaire la préséance de la clause de transport de loyer qui lui avait été consentie. Bien que sa créance hypothécaire était de deuxième rang, Dafgelt a été la première à faire enregistrer son avis de transport de loyer. La Cour s'est prononcée sur la bonne foi de la requérante, à la suite de l'allégation par l'intimée que Dafgelt devait être de bonne foi pour être possesseur au sens des nombreux articles du Code, en particulier de l'article 1027 C.c.B.C. À cet effet, la Cour s'exprime comme suit : «(c) the Court is not convinced by the proof presently before it that Dafgelt was not in "good faith", within the meaning of article 1027 C.C., at all relevant times».⁸ La preuve d'absence de bonne foi de la requérante Dafgelt n'étant pas convaincante, la Cour a donc tranché en faveur de la présomption de la bonne foi.

Dans une autre cause, des locataires prétendaient avoir signé un bail sur la foi de fausses représentations des locateurs. Le juge, examinant les détails de la situation des parties, a conclu à l'absence de bonne foi des locateurs. Il note que ces derniers ont exploité l'inexpérience des locataires qui se sont fiés aux fausses explications et que le bail contenait plusieurs clauses inhabituelles sur le paiement du chauffage et de l'électricité utilisés par des locaux situés en dehors des lieux loués. De plus, le juge n'hésite pas à noter le refus des locateurs de consentir une réduction de loyer qui aurait pu aider les locataires à traverser la situation difficile qu'ils vivaient. Il conclut donc à l'absence de bonne foi de leur part, au moins lors de la formation du contrat, ce qui ouvre la porte à l'annulation selon les articles 1375, 1377, 1399, 1400 et 1401 du nouveau Code civil du Québec.⁹

6. *Confédération (La) compagnie d'assurance-vie c. Lacroix*, [1996] R.R.A. 930 (C. A.); *Dafgelt Finance Corporation c. Compagnie Trust Royal*, [1993] R.J.Q. 848 (C.S.); *Gray c. Liberty Mutual Fire Insurance Co. et/ou Liberté Mutuelle*, (20 janvier 1992), Montréal 500-09-001056-878, J.E. 92-252 (C.S.); *R. "Hap" McKenzie Immeubles Ltée c. Poulin*, (21 avril 1982), Hull 550-05-001366-77, J.E. 82-583 (C.S.).

7. *Supra* note 6.

8. *Ibid.*, à la p. 854.

9. *Verrelli c. Brave*, [1994] R.D.I. 85 à la p. 89 (C.S.); voir aussi *Turgeon c. Édmond*, [1978] C.P. 347.

B. La preuve requise

Les tribunaux ont eu généralement tendance, sous l'ancien droit, à exiger que la partie qui met en question la bonne foi de l'autre partie fasse la preuve de la mauvaise foi, afin de repousser la présomption. Le législateur dans le nouveau Code civil et la jurisprudence récente semble maintenir cette tendance.¹⁰ Dans certains cas, la mauvaise foi peut être assimilée à une certaine expression du dol qui peut prendre plusieurs formes différentes, selon un degré de gravité croissant.¹¹ Cependant, bien que le dol soit nécessairement assimilable à la mauvaise foi, le contraire n'est pas vrai en ce qu'être de mauvaise foi n'est pas automatiquement constitutif de dol.¹²

Selon nous, l'article 1397 C.c.Q. illustre cette dernière proposition en ce que «*le contrat conclu en violation d'une promesse de contracter est opposable au bénéficiaire de celle-ci, sans préjudice, toutefois, de ses recours en dommages-intérêts contre le promettant et la personne qui, de mauvaise foi, a conclu le contrat avec ce dernier*». Le contrat est opposable au bénéficiaire de la promesse; cependant ce dernier peut réclamer des dommages-intérêts à la personne qui a conclu le contrat en violation de sa promesse de contracter, s'il démontre sa mauvaise foi. Est-ce que la seule preuve de la connaissance, par le tiers, de l'existence de la promesse de contracter est suffisante pour établir sa mauvaise foi? Faut-il au contraire faire preuve de connivence ou de complicité entre le tiers et le promettant pour remplir les critères de la responsabilité établie à cet article? Selon nous, la preuve de la connaissance de la promesse de contracter par le tiers est suffisante à démontrer sa mauvaise foi et à permettre au bénéficiaire de la promesse d'obtenir des dommages-intérêts.¹³ Ceci illustre que la mauvaise foi ne constitue pas toujours du dol, car la connaissance de la promesse de contracter par le tiers n'équivaut pas nécessairement à celui-ci.

10. Voir à titre d'exemple l'article 1703 C.c.Q. et *Paradis c. Côté*, *supra* note 5.

11. Voir dans ce sens : J.-L. Baudouin, *Les obligations*, 4^e éd., Cowansville, Yvon Blais, 1993 au no 175 à la p. 119; article 1401 C.c.Q.

12. 3090-6499 *Québec inc. c. Hartt*, [1995] R.D.I. 289 (C.Q.); *Métromédia CMR inc. c. Tétrault*, [1994] R.J.Q. 777 (C.S.).

13. Par analogie, voir l'arrêt *Tardif c. Fortier*, [1946] B.R. 356 à la p. 368 où la Cour conclut à la mauvaise foi du second acquéreur : «*Si l'on ajoute à ceci les témoignages du mis en cause Moreau et Huppé, il faut nécessairement en conclure que le défendeur Fortier a bien été avisé qu'une vente avait été faite aux demandeurs, affectant le bois que le défendeur prétendait acheter, et cela est suffisant pour détruire la présomption de bonne foi existant en sa faveur.*»

Elle est cependant suffisante pour détruire la présomption de bonne foi existant en sa faveur.

Le tribunal, appelé à décider s'il doit maintenir la présomption de bonne foi ou au contraire déduire la mauvaise foi, peut tenir compte de l'objectif ou du but qui a motivé la personne, dont la bonne foi est mise en question, à poser ses gestes ou à accomplir ses actes, ou à se comporter de la manière dont on se plaint. La mauvaise foi est plus évidente lorsqu'elle s'exprime dans un geste frauduleux ou prend la forme d'une faute intentionnelle. Ainsi des représentations frauduleuses dans le but d'inciter une personne à s'engager sont nettement assimilées à la mauvaise foi.¹⁴ Lorsqu'un employé utilise les informations confidentielles de son ex-employeur afin de tenter de s'approprier la clientèle de ce dernier, il est fait preuve d'un manque flagrant de loyauté et est nettement de mauvaise foi.¹⁵ La mauvaise foi est plus difficile à prouver lorsqu'elle prend la forme d'une omission, une absence d'agir ou encore d'un aveuglement volontaire, une insouciance, une conduite imprudente.¹⁶ C'est cette situation qui donne lieu parfois à une distinction entre la preuve de l'absence de bonne foi et la preuve de la mauvaise foi. Bien que l'absence de bonne foi est souvent blâmée, le Tribunal peut être cependant moins sévère ou plus clément dans sa sanction qu'il l'est à l'égard de la personne dont la mauvaise foi est évidente. La partie qui veut démontrer l'absence de bonne foi, doit faire la preuve que l'autre partie ne s'est pas conformée aux exigences de la bonne foi, alors que pour faire une preuve de mauvaise foi, la partie doit en prouver les éléments constitutifs.

La nuance entre l'absence de bonne foi et la mauvaise foi n'est pas toujours évidente. L'absence de bonne foi se rapproche vraisemblablement de l'aveuglement volontaire, de l'insouciance ou de l'imprudence injustifiée et de la simple faute par négligence. La mauvaise foi est loin d'être un standard de comportement, mais on peut la définir comme une conduite qui dénote une intention de nuire ou une insouciance grossière quant aux conséquences que peut avoir l'acte sur les tiers. Elle se rapproche de l'égoïsme exercé de manière déraisonnable. Il n'en demeure pas moins que la mauvaise foi doit résulter de

14. *Verrelli c. Brave*, *supra* note 9.

15. *Compagnie d'assurance Standard Life c. Rouleau*, [1995] R.J.Q. 1407 (C.S.).

16. *R. c. Fortin*, (24 avril 1995), Montréal 500-21-000763-958, J.E. 95-1055 (C.Q.).

la conscience du fait que l'on agit à l'encontre du droit.¹⁷ D'ailleurs, la Cour d'appel a déjà décidé que : « *La mauvaise foi est plus qu'une simple faute ou négligence. Elle emporte, en principe, la connaissance effective de la réalité* ». ¹⁸ Ainsi, l'ignorance ou l'inexpérience n'est pas synonyme de mauvaise foi et ne constitue pas une faute, en particulier par un novice dans le métier.¹⁹ L'intention de la personne est donc un facteur dans la détermination de la mauvaise foi.²⁰

On doit toutefois souligner que l'élément intentionnel est important pour déterminer, en matière de responsabilité extra-contractuelle, l'existence d'un délit. Rappelons que l'intention de nuire ou de causer préjudice est un élément constitutif du délit qui aggrave la responsabilité de la personne.²¹ Il n'est pas nécessaire que la personne ait l'intention de nuire pour conclure à sa mauvaise foi. Au contraire, une conduite qui dénote une incurie ou une insouciance quant aux conséquences et aux répercussions que peut avoir son acte ou son geste est suffisante pour conclure à la mauvaise foi. Les tribunaux ont souvent décidé que la faute, lorsqu'elle peut être qualifiée de faute lourde, est équivalente à la mauvaise foi, parce qu'elle dénote chez son auteur soit une incurie, soit une grande insouciance quant à ses conséquences.

Ajoutons que les tribunaux ont à maintes reprises conclu à la responsabilité de la personne, même en l'absence d'une preuve d'intention de

17. P.-A. Crépeau, dir., *Dictionnaire de droit privé et lexiques bilingues*, 2^e éd., Cowansville, Yvon Blais inc., 1991 à la p. 365.

18. *Masella c. Nettoyeur Eden inc.*, [1993] R.J.Q. 1703. (C.A.) à la p.1706.

19. *Morgan, Ostiguy & Hudon Ltée c. Sun Life Assurance Co. of Canada*, [1975] C.A. 473.

20. *Les entreprises Jean M. Saurette c. Marois*, [1975] C.S. 91 à la p. 93 : «[...] une analyse du jugement de la Cour supérieure, qui est maintenu par la Cour d'Appel, indique que l'adjudicataire a été déclaré de mauvaise foi en raison des réparations non utiles ni nécessaires qu'il a faites expressément pour augmenter la valeur de l'immeuble et rendre financièrement impossible le retrait; de tels actes, ajoutés à d'autres, posés par lui, constituaient pratiquement du dol»; voir aussi *Zappa c. Gagnon*, (1938) 64 B.R. 433.

21. *Les entreprises Jean M. Saurette c. Marois*, *supra* note 20; voir aussi *Métromédia CMR inc. c. Tétrault*, *supra* note 12, où la Cour supérieure dit à la page 781 : «Après analyse de la preuve, le Tribunal est d'avis que le comportement de Tétrault et des représentants de l'intimée constituent non seulement une violation des obligations contractuelles de Tétrault, mais aussi une mauvaise foi évidente qui constitue un délit.»

nuire ou de faute, lorsque cette personne a exercé un droit de manière déraisonnable.²²

La personne dont la bonne foi est mise en question ne peut plus bénéficier de la présomption de l'article 2805 C.c.Q. dès qu'elle se trouve dans l'une des situations ci-haut exposées. En effet, lorsqu'il est en preuve des faits soulevant un doute²³ quant à la bonne foi d'une partie, le fardeau de preuve est renversé et cette dernière se trouve dans l'obligation de défendre sa bonne foi.

C. La présomption de bonne foi a-t-elle encore sa rigueur?

S'il est vrai que le législateur a codifié dans le nouveau Code civil le principe voulant que la bonne foi soit la règle et la mauvaise foi l'exception,²⁴ il est aussi exact que ce principe ne s'applique pas avec la même rigueur qu'auparavant. En effet, et tel que nous le verrons un peu plus loin, l'application de la règle relative à la présomption de bonne foi, si elle maintient son indépendance des règles établies aux articles 6, 7 et 1375 C.c.Q., a une portée de plus en plus restreinte par l'application de ces dernières dispositions, qui constituent désormais une semi-charte en droit civil.

22. Dans *Houle c. Banque Canadienne Nationale*, [1990] 3 R.C.S. à la p. 155, la Juge l'Heureux-Dubé s'exprime comme suit : «[...] il est maintenant temps d'affirmer que la malice ou encore l'absence de bonne foi ne devrait plus être le critère exclusif pour apprécier s'il y a eu abus d'un droit contractuel. Une revue tant des fondements théoriques des récents courants en responsabilité civile que de l'état actuel de la doctrine et de la jurisprudence au Québec conduit inévitablement à la conclusion qu'il ne saurait plus faire aucun doute en droit québécois que le critère moins rigoureux de «l'exercice raisonnable» d'un droit, la conduite de l'individu prudent et diligent, par opposition au critère exigeant de la malice et de l'absence de bonne foi, peut également servir de fondement à la responsabilité résultant de l'abus d'un droit contractuel. Cette norme de l'«exercice raisonnable» est compatible avec les sources de la responsabilité en droit civil, tel l'art. 1053 C.c.B.-C. De plus, tout contrat comporte pour les parties l'obligation implicite d'exercer leurs droits conformément aux règles de l'équité et de la loyauté (art. 1024 C.c.B.-C.). En conséquence, tout acte accompli en violation de cette obligation implicite est susceptible d'engager la responsabilité.»

23. Voir dans ce sens, *Godbout c. Entreprise J.G.F. Fiore Inc.*, (25 octobre 1994), Montréal 500-05-005022-940, J.E. 94-1814 (C.Q.).

24. Voir J.-L. Baudouin, *Les obligations*, Cowansville, 3^e éd., Yvon Blais, 1989 au no 164 à la p.131.

1. Commentaires généraux

Quoi qu'il en soit, l'appréciation de la mauvaise foi ou de l'absence de bonne foi est une question de faits laissée à l'appréciation du tribunal, car elle est rarement exprimée dans une preuve littérale.²⁵ Ainsi, la mauvaise foi se déduit généralement de l'ensemble du comportement de l'individu. Par exemple, lors d'une action en revendication d'une voiture, l'acheteur s'est fait opposé sa mauvaise foi. La cour refusa de considérer l'acheteur de mauvaise foi même si sa conduite n'était pas sans reproches, ce dernier ne s'étant jamais rendu à l'adresse d'affaires du vendeur et ayant même fait une fausse déclaration dans le contrat quant au prix réellement payé pour le bien. Selon le tribunal, la conduite de l'acheteur était répréhensible en soi, mais elle ne constituait pas, pour autant, de la mauvaise foi.²⁶ Également, lorsqu'une maison de courtage a omis d'immatriculer les certificats d'actions de son client à son nom et qu'en conséquence les dividendes ont été versés à quelqu'un qui n'y a pas droit et que ce dernier a déposé ces dividendes dans son compte sans entreprendre des recherches afin d'en retrouver le véritable propriétaire, la Cour en déduit qu'il y avait là un comportement empreint de certaine mauvaise foi de ce dernier. Il en fut ainsi également lorsque des locataires ont repris possession de leur logement sous prétexte de loger un membre de leur famille et que le locataire, constatant que le logement était resté inoccupé, a intenté une action contre les locataires en dommages et intérêts. Le fait que le logement n'a pas été occupé depuis l'éviction démontrait la mauvaise foi des locataires.²⁷

La présomption de bonne foi peut donc être combattue par tous les moyens de preuve pertinents. Comme l'évaluation de la force probante de la preuve revient au juge du fond, c'est lui qui devra ultimement déterminer si la présomption est écartée.²⁸ Notons, sous réserve de ce qui suit, que la présomption de bonne foi dispense de toute autre preuve celui en faveur de qui elle est établie. Ce n'est donc que si la preuve de mauvaise foi n'est pas

25. *Michaud Automobiles Inc. c. Auto Apollon Inc.*, (30 juillet 1980), Montréal 500-05-004812-754, J.E. 80-737 (C.S.), appel rejeté, 23 juillet 1983, C.A.M. 500-09-000-968-800.

26. *Automobiles Mario Maratta inc. c. Meehan*, (19 septembre 1994), Terrebonne 700-02-002684-935, J.E. 94-1599 (C.Q.).

27. *Kind c. Héritiers de la succession de dame Maria Fiset*, [1979] D.C.L. 252; voir aussi *Stigliani c. Plouffe* [1994] R.D.I. 331 (C.Q.).

28. *Compagnie Montréal Trust c. Placements Jeton bleu (1986) Inc.*, [1992] R.J.Q. 2603 (C.S.); voir aussi *Turgeon c. Édmond*, *supra* note 9.

présentée, que le tribunal doit prendre la bonne foi de l'individu pour avérée. En effet, la bonne foi se présume et, à moins d'exception, c'est à celui qui invoque la mauvaise foi d'en faire la preuve.²⁹ Ainsi, lorsqu'un défendeur allègue dans sa défense avoir agi de bonne foi, une demande de précision à cette allégation doit être refusée en raison de la présomption de bonne foi.³⁰

La personne qui veut repousser la présomption de bonne foi doit en principe faire une preuve prépondérante de mauvaise foi, soit une preuve précise et convaincante.³¹ L'individu qui bénéficie de la présomption de bonne foi doit alors démontrer, lors de la présentation de sa propre preuve, qu'il a toujours été de bonne foi. C'est donc dire que lorsqu'une personne est visée par une allégation de mauvaise foi, elle ne doit pas rester les mains croisées et laisser l'autre partie établir en preuve les éléments constitutifs de son allégation. Au contraire, elle doit être en mesure de démolir, par une contre preuve, chacun de ces éléments, afin de continuer à bénéficier de la présomption de bonne foi. Sinon elle risque non seulement de voir cette présomption renversée, mais aussi de permettre à l'autre partie de convaincre le tribunal de sa mauvaise foi, ou à tout le moins de l'absence de sa bonne foi. Il en est ainsi lorsqu'une personne, conséquemment à sa faillite, est accusée d'avoir trompé son créancier en ne lui dévoilant pas les montants exacts de ses dettes, afin de se faire accorder un prêt par ce dernier. À la suite d'une allégation de mauvaise foi, le débiteur doit prouver sa bonne foi en fournissant des explications justifiant son omission de déclarer toutes ses dettes à son créancier.³²

29. *Peltier c. Southam inc.*, [1996] R.J.Q. 1277 à la p.1278 (C.S.).

30. *Ibid.*

31. *Pétroles Farand inc. c. Ultramar Canada Inc.*, (4 janvier 1996), Montréal 500-05-002827-911, J.E. 96-454 (C.S.); *Chanfertil inc. c. Gariépy*, (4 août 1995), Québec 200-05-002247-919, J.E. 95-1728, (C.S.); *Godbout c. Entreprises J.G.F. Fiore inc.*, *supra* note 23.

32. Dans l'affaire *Beneficial Canada Inc. c. Giguère*, (6 mars 1996), Montréal 500-02-028971-930, J.E. 96-740 (C.Q.), le défendeur Giguère ayant fait faillite, Beneficial Canada découvre que celui-ci avait omis de lui déclarer, lors de son emprunt, qu'il avait contracté des dettes. Beneficial réclame alors à Giguère - en vertu de l'art. 178 de la Loi sur la faillite - la somme d'argent prêtée. La Cour, constatant l'existence des dettes non déclarées, écarte la présomption de bonne foi et impose au défendeur la charge de prouver sa bonne foi. C'est ce qui fit Giguère en établissant qu'il était peu expérimenté et qu'il croyait que les affaires de son entreprise étaient distinctes des siennes.

2. Cas de l'acheteur d'un bien mobilier

Dans le même ordre d'idée, l'acheteur d'un bien mobilier peut se trouver dans l'obligation de faire la preuve de sa bonne foi en démontrant les circonstances ayant entouré la conclusion de son contrat. En effet, si dans une action en revendication ou en annulation d'un contrat de vente, conformément à l'article 1714 C.c.Q., le véritable propriétaire allègue la mauvaise foi de l'acheteur, celui-ci ne peut pas simplement invoquer le bénéfice de la présomption de bonne foi de l'article 2805 C.c.Q. Au contraire, il doit prendre cette allégation au sérieux et faire la preuve nécessaire pour démontrer à la Cour qu'elle est mal fondée en faits. Ainsi, dans l'affaire *Morgan, Ostiguy & Hudon Ltée c. Sun Life Assurance Co. of Canada*,³³ les intimées ayant allégué la mauvaise foi de l'appelante, celle-ci a tenté de démontrer qu'elle avait acheté de bonne foi les valeurs mobilières volées, objets du litige, et qu'elle les avait aussi revendues en toute bonne foi. Le juge de la Cour Supérieure s'est exprimé sur ce point comme suit :

*«Le Tribunal n'accuse personne de malhonnêteté au cours de ces transactions et il n'a aucun doute sur la probité morale des employés de la défenderesse. La bonne foi ne veut pas seulement dire une vertu morale chez un individu qui transige, mais implique aussi l'obligation pour lui, avant d'acheter, de penser que les articles qu'il achète ont été volés ou perdus et de procéder ensuite à une vérification avant de compléter son achat; il y a eu chez M. Cousineau, l'employé de la défenderesse qui a négocié avec ledit Plamondon, un manque d'observation et d'élémentaire prudence».*³⁴

Une simple allégation de mauvaise foi par le véritable propriétaire du bien ne rend pas nécessairement l'acheteur de mauvaise foi. Au contraire, il est de bonne foi s'il ignore, lors de la transaction, que son vendeur n'est pas le véritable propriétaire, à condition que son ignorance ne soit pas la conséquence d'une négligence voulue ou d'une négligence aveuglée. En d'autres termes, l'acheteur ne peut pas plaider ignorance lorsqu'il a à sa disposition des informations ou des éléments pouvant soulever des doutes sur le droit de son vendeur, puisqu'une personne raisonnable se trouvant à sa place aurait pu procéder à une vérification avant de compléter la transaction. Par contre, si le

33. *Supra* note 19.

34. Extrait qui fut retenu par la Cour d'appel dans son jugement à la p. 475.

tribunal, en appliquant le critère de la personne raisonnable, arrive à la conclusion que l'absence de vérification n'affecte pas la crédibilité de l'acheteur quant à son ignorance, l'allégation de mauvaise foi doit être rejetée.³⁵

Rappelons la distinction que l'on doit faire entre une action en revendication ou en annulation du contrat de vente instituée par le véritable propriétaire en vertu de l'article 1714 C.c.Q. al. 1 et la réclamation de l'acheteur défendeur à cette action du prix qu'il a payé à son vendeur, conformément à l'alinéa 2 du même article. Dans ce dernier cas, l'acheteur ne peut bénéficier de la présomption de bonne foi. Il doit, en effet, faire la preuve de sa bonne foi pour avoir le droit au remboursement du prix.³⁶

La bonne foi est une notion floue qui n'a d'ailleurs pas fait l'objet d'une définition dans le nouveau code civil. On peut cependant confirmer que la personne ayant à établir sa bonne foi n'a pas à faire une preuve *hors de tout doute raisonnable* de celle-ci, car sa bonne foi n'a pas à être *éclatante*. En d'autres termes, il ne faut pas exiger de la personne qui défend sa bonne foi une preuve exemplaire. Le tribunal doit décider à la lumière des faits et des circonstances qui entourent chaque situation sur laquelle il doit se prononcer.³⁷ Il ne doit toutefois pas fermer les yeux ou négliger de revoir les éléments qui invitent généralement à croire à la mauvaise foi. Ainsi, on doit conclure à la mauvaise foi d'un acheteur, lorsque avant de conclure la transaction avec son vendeur, existaient des éléments devant soulever un doute dans son esprit quant au titre de propriété de son vendeur et qu'au lieu de vérifier et de se renseigner sur le droit de ce dernier, il a fermé les yeux, soit par négligence, alors qu'il

35. Dans *Grossman c. Barrett*, [1926] R.C.S. 129 à la p. 137 : «With great respect, I cannot help thinking that the learned trial judge placed the duty of the purchaser of a second hand car on much too high a plane. Good faith does not need to be «une bonne foi éclatante», it suffices that it be an honest belief that the vendor is the owner of the thing sold. Nor if there be an error on the part of the purchaser is it necessary that the error be an invincible one».

36. Voir *Infra*, section III.

37. *Caron c. Grenier*, (19 février 1996), Trois-Rivières 400-02-000110-955, J.E. 96-840 (C.Q.); *Barakat c. Trust National*, [1996] R.J.Q. 2036; *American Road Insurance Co. c. Montréal (Ville de)*, (5 juin 1995), Montréal 500-05-003288-956, J.E. 95-1385 (C.S.); *Léveillé c. Caisse populaire Desjardins de Ste-Anne-des-Plaines*, [1994] R.D.I. 255 (C.S.); *Caisse populaire de Ste-Madeleine c. Les immeubles Rives du St-Maurice inc.*, [1990] R.D.I. 818 (C.S.); *Chamandy c. Leblanc*, [1977] C.S. 176; *Econ Oil Co. c. Eddy Veilleux Transport Ltée*, [1973] C.S. 1068 ; *Deshais c. General Motors Acceptance Corporation of Canada Limited*, [1970] C.A. 860 à la p. 863.

avait le devoir de se renseigner,³⁸ soit délibérément, pour donner l'apparence d'une conduite de bonne foi.

Enfin, on peut se demander si l'obligation d'agir de bonne foi lors de la naissance de l'obligation, prévue à l'article 1375 C.c.Q., n'oblige pas l'acheteur à se renseigner sur le droit de son vendeur et si le défaut de remplir ce devoir de s'informer ne devrait pas être sanctionné surtout lorsque les faits entourant la transaction invitent à le faire. Nous sommes d'avis que le manquement à cette obligation de se renseigner peut être sanctionné, compte tenu de l'obligation imposée à l'article 1375 C.c.Q., puisque l'acheteur a le devoir d'agir de bonne foi pour non seulement se protéger, mais aussi pour protéger le droit du tiers. Partant de ce principe, nous pouvons confirmer que lorsque la bonne foi d'un citoyen est contestée, celui-ci devra *«aller plus loin et prouver qu'il a non seulement agi en toute légalité, mais conformément au standard social que la collectivité reconnaît.»*³⁹

III. LES EXCEPTIONS

Il faut souligner d'abord que le législateur utilise l'expression de «bonne foi» dans de nombreux articles du Code civil du Québec sans avoir nécessairement l'intention d'en exiger sa preuve. Toutefois, certaines dispositions font sans aucun doute de la bonne foi une condition à l'existence ou à l'exercice d'un droit.⁴⁰ C'est seulement dans ces cas, que le législateur exige la preuve de la bonne foi de celui qui cherche à se prévaloir du droit qui y est prévu, faisant ainsi de ces dispositions une exception à la règle prévue à l'article 2805 C.c.Q.

38. Toujours dans le cadre d'une action en revendication de marchandises, la Cour note dans la cause *Econ Oil Co. c. Eddy Veilleux Transport Ltée*, *supra* note 37 à la p. 1071, que l'acheteur est de bonne foi même si ce n'est pas une bonne foi exemplaire, en ce que les circonstances entourant la transaction sont pour le moins insolites: «Concluant ainsi, non sans avoir revu les éléments qui invitent généralement à croire à la mauvaise foi dont plusieurs se retrouvent ici, je ne retiens pas pour autant que Veilleux fut, sous tous rapports de bonne foi. S'il n'a pas compris que le mazout avait été et serait volé, c'est que les aspects insolites de la proposition s'expliquaient par la seule fraude fiscale qu'on lui avouait spontanément. Il se serait, dit-il avec énergie, refusé d'acheter tout produit volé, mais c'est bien accommodé de ce qu'il a qualifié d'une «passe» envers le fisc». Notons que la Cour retiendra tout de même la mauvaise foi de l'acheteur.

39. *Vachon c. Lachance* [1994] R.J.Q. 2576 à la p. 2579.

40. Voir à titre d'exemples les articles : 835, 932, 961, 1420, 1707, 1714, 2205, 2222, 2262, 2919, 2920 et 2962 C.c.Q.

A. L'article 1714 C.c.Q. al. 2

La codification de la règle relative à la présomption de bonne foi ne confirme pas que cette règle a supporté les remaniements législatifs du nouveau code. Il semblerait qu'elle y ait perdu de sa vigueur. En effet, l'article 2202 C.c.B.C., contrairement à son successeur, n'admettait aucune exception, alors que l'article 2805 C.c.Q. stipule que : «*La bonne foi se présume toujours, à moins que la loi n'exige expressément de la prouver*».⁴¹

Après une lecture attentive des dispositions de nouveau Code, nous avons relevé plusieurs de ce que nous croyons être des exceptions à la présomption de bonne foi. Ces exceptions opèrent un renversement du fardeau de preuve établi par l'article 2805 C.c.Q.

Il appert, en effet, que la personne qui bénéficiait auparavant de la présomption de bonne foi (donc de la dispense de la prouver) devra, en présence d'une exception, faire tout de même la preuve de sa bonne foi et cela, même si aucune mauvaise foi n'est alléguée par l'autre partie. Plusieurs dispositions du Code civil prévoient que pour avoir accès à un recours spécifique ou pour se prévaloir d'un droit que la loi accorde, l'individu doit préalablement prouver sa bonne foi.⁴² À titre d'exemple, l'article 1714 C.c.Q., énonce que :

« Le véritable propriétaire peut demander la nullité de la vente et revendiquer contre l'acheteur le bien vendu, à moins que la vente n'ait lieu sous l'autorité de la justice ou que l'acheteur ne puisse opposer une prescription acquisitive.

*Il est tenu, si le bien est un meuble qui a été vendu dans le cours des activités d'une entreprise, de rembourser à l'acheteur **de bonne foi** le prix qu'il a payé.*»

L'acheteur doit donc rendre au véritable propriétaire le bien qu'il aura acquis. Mais si l'acquisition de ce bien est faite dans le cours des activités d'une

41. Selon les commentaires du Ministère de la justice en rapport avec l'article 2805 C.c.Q. : «Cette règle établit une présomption qui vaut en toutes matières et non point seulement comme une application particulière en matière de prescription»

42. *Barakat c. Trust National*, supra note 37; *Namerow Investments Ltd. c. Commission scolaire des Laurentides*, (26 septembre 1995), Terrebonne 700-05-001610-918, J.E. 95-2017 (C.S.), requête pour permission d'appeler accueillie, 17 octobre 1995, C.A.M. 500-09-001539-956; *Lemay c. Turcotte*, [1981] R.L. 52..

entreprise et que l'acheteur est de bonne foi, celui-ci peut récupérer le prix qu'il a payé. Dans le cas contraire, il doit rendre le bien sans aucune compensation monétaire.

À notre avis, le législateur voulait que l'acheteur ait à faire la preuve de sa bonne foi pour pouvoir bénéficier de la préférence que la loi lui accorde, soit le remboursement du prix qu'il a payé pour acquérir le bien revendiqué, sinon il n'aurait pas mentionné les termes «de bonne foi». Si le législateur avait l'intention de faire bénéficier l'acheteur de la présomption prévue à l'article 2805 C.c.Q., il aurait dû stipuler tout simplement que l'acheteur a droit au prix qu'il a payé, à moins qu'il ne soit de mauvaise foi.⁴³ Selon nous, il en est de même chaque fois que le législateur prévoit que la bonne foi doit être une des conditions d'ouverture à un recours. À ce sujet, le juge Robert Giroux écrit :

«La bonne foi n'a pas à être prouvée, elle est présumée, sauf indication contraire. Il est évident qu'en inscrivant dans le texte de l'article 1714 acheteur de bonne foi, le législateur voulait qualifier cet acheteur comme devant posséder la bonne foi et il en fait une exigence et une obligation légale de sorte que cet acheteur a le fardeau de prouver sa bonne foi. Car autrement, le législateur n'aurait pas inscrit dans le texte les mots "de bonne foi" étant donné que la bonne foi était présumée, or son intention était d'en faire une condition qualifiant spécifiquement cet acheteur et l'obligeant à faire la preuve de sa bonne foi.»⁴⁴

Il semble donc que nous sommes en présence d'une exception à la présomption de bonne foi et que l'acheteur doit en présenter la preuve, sous peine de ne pas avoir droit à la réclamation du prix qu'il a payé. Cette condition n'est pas chose nouvelle, puisqu'elle existait déjà dans le C.c.B.C. et que la jurisprudence⁴⁵ l'avait largement admise comme en témoigne l'affaire *Écon Oil Co. c. Eddy Veilleux Transport Ltée*.⁴⁶

43. Ainsi les articles 958, 959 et 2411 C.c.Q. exigent expressément la preuve de la mauvaise foi pour faire perdre à quelqu'un un droit prévu.

44. *R. c. Fortin*, *supra* note 16; *contra* : *Caron c. Grenier*, *supra* note 37.

45. *Supra* note 37.

46. *Supra* note 37. Dans cette affaire, Eddy Veilleux Transport Ltée, compagnie défenderesse, avait acheté du mazout que l'on avait volé à la compagnie demanderesse. Cette dernière ayant fait la preuve que l'acheteur n'était pas sous tous rapports de bonne foi, non parce que l'acheteur savait ou aurait dû savoir que le mazout avait été volé, mais parce que, ayant

Si l'acheteur n'apporte pas une preuve de bonne foi assez solide, il ne peut pas profiter de la protection que lui accorde la loi. Ainsi, la bonne foi doit non seulement être alléguée, mais doit, de plus, être prouvée de façon convaincante, tout comme on l'a déjà expliqué plus haut.⁴⁷

B. L'article 1420 C.c.Q.

L'analyse d'un autre article, soit l'article 1420 C.c.Q, permet de remarquer que le législateur autorise le cocontractant dont le consentement est vicié à demander la nullité du contrat. Il permet également à l'autre contractant de demander la nullité du contrat s'il rencontre deux conditions : il doit être de bonne foi et doit subir un préjudice sérieux. En effet, cet article énonce que «*la nullité relative d'un contrat ne peut être invoquée que par la personne en faveur*

acquis le mazout à un prix inférieur dans le but de se soustraire du paiement de l'impôt, il ne pouvait pas être totalement de bonne foi. Ainsi, le tribunal reconnaissant l'existence de la présomption de bonne foi, mais n'étant pas convaincu de la preuve de bonne foi de l'acheteur, a refusé de lui accorder la protection de la loi et le condamna à rembourser au véritable propriétaire la valeur du mazout consommé.

47. Voir aussi : *Morgan, Ostiguy & Hudon Ltée c. Sun Life Assurance Co. of Canada*, *supra* note 19. Les faits de cette cause se résument comme suit : Les intimées Sun Life Assurance Co. of Canada et Royal Bank of Canada réclament les valeurs mobilières qui leur ont été volées, ou à défaut le paiement de la valeur pécuniaire de ces valeurs. Un avis de ce vol fut alors envoyé aux banques et aux courtiers. Parmi les courtiers concernés figurait la compagnie appelante, qui a acheté certaines de ces valeurs mobilières, puis les a revendues. L'acheteur s'est vu refusé par la Cour supérieure le remboursement du prix qu'il a payé en raison de l'allégation par le vendeur de la mauvaise foi alors que lui prétend, au contraire, être de bonne foi en ce qu'il a acheté et revendu les biens de bonne foi dans le cours normal de ses affaires. Référant au jugement de la Cour supérieure, la Cour d'appel conclu à la bonne foi de l'acheteur en s'exprimant comme suit, aux pp. 474-475: «Une grande partie du jugement est consacrée à démontrer que l'appelante, représentée par son employé Cousineau, était un acheteur de mauvaise foi. L'importance que l'on a donnée à cet élément de la cause vient de ce que toutes les parties ont fait reposer le litige sur les articles 1489 et 2268 du Code civil. On a semblé d'accord pour dire que si l'appelante avait acheté les valeurs mobilières de bonne foi, les intimées n'auraient pas pu lui revendiquer sans offrir de lui rembourser le prix qu'elle avait payé». De même, dans l'affaire *Deshais c. General Motors Acceptance Corporation of Canada Limited*, *supra* note 37, le juge refusa également la preuve de bonne foi de l'acheteur. Ce dernier avait omis de faire témoigner son avocat pour confirmer ses dires et établir sa bonne foi. De plus, selon la Cour, à la page 863, l'acheteur n'était pas de bonne foi car : «il aurait facilement pu et aurait dû se rendre compte par lui-même du jeu que l'on faisait des deux noms similaires. En effet, quand il a signé la formule no 669454 et la commande de Wilden Motors à l'appelant, si toutefois il l'a signée, il n'a pas pu ne pas remarquer la divergence dans les noms; l'une porte le nom de Wilden, l'autre le nom de Welden».

de qui elle est établie ou par son cocontractant, s'il est de bonne foi et en subit un préjudice sérieux».

Dans la même ligne de pensée, nous sommes d'avis, contrairement à ce qu'un autre auteur prétend,⁴⁸ que le législateur par l'expression «s'il est de bonne foi», entend mettre le cocontractant, non protégé par la sanction de la nullité relative, dans l'exception et non pas dans la règle établie à l'article 2805 C.c.Q. Prétendre le contraire revient à faire perdre à l'expression «si elle est de bonne foi» toute valeur et utilité; ce qui revient à dire que le législateur a parlé pour ne rien dire. En effet, si la preuve de la bonne foi n'était pas exigée, le législateur aurait dû mentionner seulement le préjudice sérieux comme condition pour pouvoir invoquer la nullité du contrat. De plus, en faisant application de la règle fondamentale de notre système judiciaire qui veut que le demandeur doive justifier sa demande en justice et prouver son fondement, nous ne pouvons que conclure que le cocontractant de celui en faveur de qui la nullité est prévue a le fardeau de prouver sa bonne foi afin de pouvoir se prévaloir de l'exception établie à l'article 1420 C.c.Q.

C. L'article 932 C.c.Q.

L'article 932 C.c.Q., pour sa part, constitue une autre exception à la présomption de bonne foi. Tout d'abord, la définition du possesseur de bonne foi qui y figure mérite que l'on s'y attarde. L'article énonce en effet qu'un «*possesseur est de bonne foi si, au début de sa possession, il est justifié de se croire titulaire du droit réel qu'il exerce*». C'est la croyance subjective du possesseur qui détermine sa bonne foi. Il n'empêche que ce n'est pas là que réside l'exception⁴⁹ car, en effet, dans la deuxième phrase de cet article on peut

48. M. Tancelin, *Sources des obligations*, vol. 1, Montréal, Éditions Wilson & Lafleur, 1993 au no 196 à la p. 130. L'auteur affirme : «La Refonte de 1991 transforme profondément cette distinction en permettant au cocontractant de celui en faveur de qui la nullité est prévue, de l'invoquer également, à deux conditions. Il doit être de bonne foi ; mais comme celle-ci se présume toujours, 2202 C.c., 2805 C.Q., il ne s'agit pas vraiment d'une condition. C'est plutôt une charge de preuve supplémentaire pour celui en faveur de qui, si l'on peut dire, existe la nullité. La seconde condition, la seule finalement, c'est la preuve d'un préjudice sérieux, notion qui devra être délimitée par la jurisprudence.»

49. D.- C. Lamontagne, *Biens et propriété*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1993 au no 763 aux pp. 370-371 : «La bonne foi se présument, le propriétaire demandeur devra éventuellement prouver que le possesseur connaissait ou devait connaître l'absence de qualité de propriétaire de son auteur (2805, 2847 C.c.Q.).»

lire que «*sa bonne foi cesse du jour où l'absence de titre ou les vices de sa possession ou de son titre lui sont dénoncés par une procédure civile*». Dès lors que cette hypothèse se concrétise, le débiteur devient automatiquement de mauvaise foi. La loi crée ainsi expressément une exception à la règle relative à la présomption de bonne foi, aussitôt que se réalise la situation objective prévue par cette disposition.⁵⁰ Le possesseur devient alors automatiquement de mauvaise foi par l'effet de la loi. L'appréciation judiciaire de la détermination de la mauvaise foi ou de l'absence de bonne foi devient alors quasi-inexistante, puisque seule l'arrivée de la condition objective détermine la mauvaise foi du possesseur.

D. Cas divers

Tombent aussi sous l'exception à la présomption de bonne foi les cas où le législateur prévoit expressément que l'individu sera présumé de mauvaise foi. Ainsi, le législateur stipule qu'un individu est réputé avoir l'intention de frauder, donc d'être de mauvaise foi, dès lors que l'on est en présence d'un contrat à titre onéreux ou d'un paiement fait en vertu d'un tel contrat et que le tiers connaît l'insolvabilité du débiteur, ou le fait que ce dernier veut se rendre insolvable.⁵¹

Dans le cas d'un contrat à titre gratuit ou d'un paiement fait en vertu d'un contrat à titre gratuit, il n'est pas nécessaire pour le cocontractant ou le créancier de connaître l'insolvabilité du débiteur ou le fait que ce dernier cherche à se rendre insolvable. Le seul fait de l'existence de l'insolvabilité, au moment où le contrat à titre gratuit est conclu ou au moment où le paiement est fait, crée une présomption de mauvaise foi.⁵²

50. Voir : *Léveillé c. Caisse populaire Desjardins de Ste-Anne-des-plaines*, *supra* note 37; *Dafgelt Finance Corporation c. Compagnie Trust Royal*, *supra* note 6; *Leclerc c. Cousineau*, [1975] C.S. 387; *Les entreprises Jean M. Saurette Inc. c. Marois*, *supra* note 20.

51. «1632. Un contrat à titre onéreux ou un paiement fait en exécution d'un tel contrat est **réputé fait avec l'intention de frauder** si le cocontractant ou le créancier connaissait l'insolvabilité du débiteur ou le fait que celui-ci, par cet acte, se rendait ou cherchait à se rendre insolvable.»

52. «1633. Un contrat à titre gratuit ou un paiement fait en exécution d'un tel contrat est **réputé fait avec l'intention de frauder**, même si le cocontractant ou le créancier ignorait ces faits, dès lors que le débiteur est insolvable ou le devient au moment où le contrat est conclu ou le paiement effectué.»

Dès lors que sont établis les faits objectifs qui donnent ouverture à la présomption de fraude, le cocontractant est réputé être de mauvaise foi. Il s'agit ici d'une exception expresse à la présomption de bonne foi. Ce choix législatif peut s'expliquer par la difficulté de devoir faire la preuve de l'intention de frauder comme l'exige l'article 1631 C.c.Q. et ce, afin que le créancier puisse avoir plus facilement accès à l'action en inopposabilité.⁵³

IV. LA CODIFICATION DE LA BONNE FOI

L'analyse de la règle générale relative à la présomption de bonne foi et des ses exceptions ne peut être complète sans tenir compte des autres dispositions codifiant la notion de bonne foi et faisant de celle-ci une obligation légale. Notamment, celles des articles 6, 7 et 1375 du C.c.Q.⁵⁴

À l'instar de plusieurs codes étrangers,⁵⁵ le législateur québécois reconnaît expressément que non seulement la bonne foi doit gouverner la conduite des parties au moment de la naissance de l'obligation, mais aussi lors de son exécution et de son extinction. Cette nouvelle moralité contractuelle, omniprésente dans le nouveau Code, fait de la bonne foi un fondement essentiel de toute obligation.⁵⁶ La redondance de l'article 1375 C.c.Q. et des articles 6 et 7 C.c.Q., selon lesquels la bonne foi doit présider en tout temps les actes et les relations juridiques, est d'ailleurs significative.

A. La notion de bonne foi : définition et critères

Il importe de garder à l'esprit que la notion de bonne foi est une notion objective. La personne ne peut appliquer ses propres critères afin de déterminer

53. *Dorais (Syndic de)*, (6 mai 1996), Montréal 500-11-000654-943, J.E. 1196 (C.S.); *In Re Ste-Catherine Lumber Ltd : Lawrence c. Crédit Notre-Dame inc.*, [1976] C.A. 224.

54. «Toute personne est tenue d'exercer ses droits civils selon les exigences de la bonne foi» (article 6 C.c.Q.) et qu'«aucun droit ne peut être exercé en vue de nuire à autrui ou d'une manière excessive et déraisonnable, allant ainsi à l'encontre des exigences de la bonne foi» (article 7 C.c.Q.). L'article 1375 C.c.Q., quant à lui, ajoute que : «La bonne foi doit gouverner la conduite des parties, tant au moment de la naissance de l'obligation qu'à celui de son exécution.»

55. Voir entre autres: art. 242 B.G.B.; art. 2 Code civil suisse.

56. Voir en matière d'obligations contractuelles : G. Leclerc, *La bonne foi dans l'exécution des contrats*, (1992) 37 R.D. McGill à la p. 1070 et B. Lefebvre, *La bonne foi dans la formation du contrat*, (1992) 37 R.D. McGill à la p. 1053.

si oui ou non il y a eu manquement aux exigences de la bonne foi. Il faut plutôt appliquer les critères qui sont reconnus dans la société en général.⁵⁷

En effet, apprécier la bonne ou la mauvaise foi d'une partie contractante nécessite d'abord une appréciation subjective, mais qui doit ensuite être circonscrite par une étude la plus objective et rigoureuse et qui tienne compte de l'ensemble des faits pris dans leur contexte.

La notion de bonne foi n'est plus celle de l'individu. Au contraire, les tribunaux doivent, dans leur application des nouvelles dispositions, élaborer un concept objectif de la notion de bonne foi, soit celui que la collectivité reconnaît à une autre occasion pour une même situation.⁵⁸ En d'autres termes, la Cour doit appliquer le critère d'une personne raisonnable qui connaît son milieu social et qui respecte ce qui est normalement et habituellement reconnu et suivi par la collectivité comme étant le standard social.⁵⁹

Il est évident que les tribunaux peuvent se montrer plus exigeants dans l'application de ces critères selon la nature de l'obligation et le droit en question, ainsi que les niveaux de talent, de connaissance et de compétence de la personne appelée à agir de bonne foi.

Il ne suffit pas que la personne donne à son comportement l'apparence de bonne foi. Au contraire, elle doit diriger et orienter sa conduite pour que le résultat qui en découle se concrétise selon l'intention arrêtée. La règle de la bonne foi n'est-elle pas liée à la morale de la personne? Donner une préséance à l'apparence de la bonne foi sur l'intention réelle de se conduire de bonne foi revient à dissocier celle-ci de la morale.

57. *Vachon c. Lachance*, *supra* note 39. Dans cette cause, la Cour s'exprime ainsi à la page 2578 : «Quand quelqu'un excède-t-il ses droits? Quand est-il déraisonnable dans l'exercice de ses droits? Quand met-il trop d'ardeur dans l'exercice de ses droits? C'est sans doute pour donner un guide supplémentaire que le législateur a ajouté «allant ainsi à l'encontre des exigences de la bonne foi». Tel quel, cela implique que le citoyen ne peut appliquer ses propres critères de la bonne foi. Ce sont les exigences de la bonne foi, telle que généralement reconnue par la société démocratique dans laquelle il vit, qui devront être définies et prises comme barème».

58. *Ibid.*

59. *Boless inc. c. Résidence Denis-Marcotte*, (20 septembre 1995), Frontenac 235-05-000062-951, J.E. 95-1890 (C.S.).

De son côté, le ministre de la justice, dans ses commentaires officiels,⁶⁰ ne laisse planer aucun doute quant au lien existant entre la morale et le droit des obligations, puisque la bonne volonté morale est intimement liée à l'application de l'équité. La bonne foi est une notion qui sert à relier les principes juridiques aux notions fondamentales de justice.

B. L'incidence de la codification de bonne foi sur la présomption

La codification de l'obligation de bonne foi a-t-elle une incidence quelconque sur la présomption de bonne foi ? Bien qu'il puisse sembler contradictoire de présumer la bonne foi mais d'en faire tout de même une obligation légale dont la violation peut donner lieu à une sanction, ce n'est pas dans la codification qu'a pris naissance cette apparente contradiction. En effet, l'introduction de l'obligation de bonne foi, dans notre droit, n'est pas chose nouvelle et a fait verser beaucoup d'encre tant par les auteurs que par les tribunaux.

La cause *Vachon c. Lachance*⁶¹ nous fournit des indices sur la relation entre les notions d'obligation de bonne foi et de présomption de bonne foi. Les détails de cette affaire sont résumés plus haut, mais en bref, Madame Vachon alléguait que le refus de faire publier son annonce constituait un abus de droit à son égard. Selon la Cour :

«L'article 7 du Code civil du Québec pose comme principe d'une conduite acceptable pour un citoyen qui exerce un droit qu'il le fasse non seulement sans nuire à autrui, mais en n'ayant pas en vue de nuire à autrui;

L'article 7 va plus loin et précise que, même s'il n'y a pas volonté de nuire, si le droit est exercé de manière excessive et déraisonnable, il y a manquement puisque cela va également à l'encontre des exigences de la bonne foi.»

Et la Cour ajoute :

60. *Commentaires du ministre de la justice*, t. 1, Québec, Publications du Québec, 1993 à la p. 832.

61. *Supra* note 39.

«Si au nouveau code la bonne foi doit être générale et continue (art. 1375 C.c.Q.), il ne faut pas perdre de vue que le principe général de l'article 7 ne met pas de côté la présomption de bonne foi (art. 2805 C.c.Q.)».

S'il est en preuve qu'un droit a été exercé d'une manière tellement excessive et déraisonnable que cela va à l'encontre des exigences de la bonne foi, il en découle que le droit n'a pas été exercé de bonne foi. Une preuve d'abus de droit constitue donc une preuve contraire de bonne foi et la personne qui bénéficiait de la présomption de bonne foi devra alors faire la preuve que son droit n'a pas été exercé d'une manière excessive et déraisonnable, donc rapporter une preuve de sa bonne foi.

Ainsi, selon nous, avec la codification de la notion d'abus de droit que l'on retrouve à l'article 7 C.c.Q., il ne faudra plus nécessairement faire une preuve de mauvaise foi pour renverser la présomption de l'article 2805 C.c.Q. En effet, un abus de droit peut être commis sans que l'on soit en présence d'une volonté de nuire à autrui. Si le droit est exercé de façon excessive et déraisonnable, le législateur présume qu'il y a manquement aux exigences de la bonne foi, même si aucune intention malicieuse ne se dégage de l'examen du comportement de l'individu. C'est ce qu'affirme la Cour suprême du Canada par la plume de la juge l'Heureux Dubé :

«Bien que la reconnaissance de la malice ou de la mauvaise foi comme norme exclusive servant à établir l'abus d'un droit contractuel trouve un appui jurisprudentiel au Québec, on y fait également place à un critère moins exigeant. Encore que la jurisprudence puisse paraître contradictoire, un examen attentif démontre qu'on a retenu à la fois la malice ou la mauvaise foi et l'exercice raisonnable comme critères donnant ouverture à un recours en justice fondé sur l'abus d'un droit contractuel.»⁶²

62. *Houle c. Banque Canadienne Nationale*, supra note 22 à la p. 152. De même dans une affaire plus récente, soit *Standard Broadcasting Corporation Limited c. Stewart*, [1994] R.J.Q. 1751 (C.A.) à la p. 1755 : «Il n'y a pas d'abus de droit du seul fait d'une résiliation d'un contrat à durée indéterminée. Cependant, la Cour suprême du Canada, dans l'affaire *Houle c. Banque Canadienne Nationale*, a rejeté la théorie voulant qu'une conclusion d'abus de droit exige au préalable une démonstration de mauvaise foi ou d'intervention malicieuse. La simple faute dans l'exercice d'un droit contractuel peut la fonder.»

En résumé, un comportement excessif et déraisonnable n'est pas synonyme de mauvaise foi, à moins qu'il y ait, en plus, l'intention de nuire à autrui, et une preuve de non conformité aux exigences de la bonne foi, soit une preuve d'absence de bonne foi, sera suffisante pour repousser la présomption de bonne foi de l'article 2805 C.c.Q.

Or, nous savons qu'il y a une différence entre faire une preuve de mauvaise foi et une preuve d'absence de bonne foi. Faire la preuve de l'absence de bonne foi d'un individu est moins onéreuse et suffisante, si elle est crue. Il suffit, en effet, qu'une preuve prépondérante et convaincante⁶³ soit faite pour repousser la présomption de bonne foi. Cette preuve peut être établie à la lumière de l'ensemble des faits et des circonstances entourant les relations des parties. Ainsi, dans l'affaire 2751-9818 *Québec inc. c. 2150-1069 Québec inc.*,⁶⁴ la compagnie demanderesse (2751-9818), soit la locataire, poursuit la défenderesse, à la suite d'une résiliation unilatérale de son bail commercial. Les parties avaient convenu, dans celui-ci, qu'une résiliation unilatérale sans préavis était possible en cas de non-paiement du loyer. De même, le bail prévoyait que l'expulsion de la locataire pouvait survenir sans nécessité d'intenter des recours judiciaires. La locataire, ayant fait défaut de payer à temps plusieurs loyers, fut mise en demeure et expulsée. Le tribunal jugea que le comportement de la locatrice constituait un abus de droit, contraire à l'exigence de la bonne foi, car la locataire avait recommencé à payer le loyer en retard et avait même commencé à réduire le retard par des versements supplémentaires. La locatrice avait d'ailleurs accepté d'encaisser les chèques de la locataire. Par conséquent, la locatrice avait commis un abus de droit, ayant agi de façon déraisonnable et excessive.

V. CONCLUSION

Bien que l'article 2805 C.c.Q. n'innove pas dans l'idée d'une présomption générale de bonne foi, il semble que l'entrée en vigueur de notre nouveau Code civil ait restreint la portée de cette présomption. En effet, avec la phraséologie employée à l'article 2805 C.c.Q., le législateur permet

63. *Godbout c. Entreprises J.G.F. Fiore inc.*, *supra* note 23.

64. [1996] R.R.A. 1221 (C.S.), règlement hors cour, 24 mai 1996, C.A.Q. 200-09-000823-960; voir aussi 9000-6040 *Québec inc. c. Chaichem inc.* (C.S.), J.E. 96-1743 (C.S.); *Boless inc. c. Résidence Denis-Marcotte*, *supra* note 59; *Mousseau c. Société de gestion Paquin Ltée*, [1994] R.J.Q. 2004 (C.S.); *Droit de la famille - 2071*, [1994] R.D.F. 793 (C.S.).

l'existence d'exceptions à la présomption de bonne foi. Ainsi, l'on retrouve, éparpillées un peu partout à travers le Code civil, des dispositions exigeant comme condition d'ouverture au recours, que la personne fasse la preuve de sa propre bonne foi. De plus, le législateur va même jusqu'à prévoir expressément des présomptions de mauvaise foi.

De même, la codification de plusieurs notions, en particulier celle d'abus de droit qui apparaît à l'article 7 C.c.Q., rend la preuve contraire moins onéreuse qu'auparavant, en ce que la tendance générale qui se dégageait des décisions des tribunaux était d'exiger une preuve de mauvaise foi afin de permettre de repousser la présomption.

Nous constatons donc que la présomption de bonne foi de l'ancien droit a perdu, avec l'avènement de la nouvelle codification, bien de sa vigueur, et cela, malgré le désir du législateur de renforcer le lien existant entre la morale et le droit.

En somme, il est évident que la codification de la notion de bonne foi dans le nouveau Code civil sera omniprésente chaque fois que la bonne ou la mauvaise foi est soulevée entre les justiciables. Les tribunaux ne peuvent ignorer la portée des règles codifiées aux articles 6, 7 et 1375 C.c.Q. lors de l'interprétation de la règle relative à la présomption de bonne foi ou lorsqu'ils sont appelés à se prononcer sur l'existence d'une exception à cette règle. Personne ne peut minimiser le rôle à jouer, dans l'avenir, par nos tribunaux, non seulement dans l'établissement des critères à appliquer, mais aussi dans la circonscription de la notion de bonne foi telle que conçue dans les diverses dispositions du Code civil du Québec. Les prochaines années permettront aux tribunaux, lors de différentes occasions qui leur seront soumises, d'accomplir cette tâche complexe.

RDUS

Revue de DROIT

UNIVERSITÉ DE SHERBROOKE

Titre : LA DEMEURE, LE DEVOIR DE BONNE FOI ET LA SANCTION
EXTRAJUDICIAIRE DES DROITS DU CRÉANCIER

Auteur(s) : Nathalie VÉZINA

Revue : RDUS, 1995-1996, volume 26, numéro 2

Pages : 455-495

ISSN : 0317-9656

Éditeur : Université de Sherbrooke. Faculté de droit.

URI : <http://hdl.handle.net/11143/12874>

DOI : <https://doi.org/10.17118/11143/12874>

Page vide laissée intentionnellement.

LA DEMEURE, LE DEVOIR DE BONNE FOI ET LA SANCTION EXTRAJUDICIAIRE DES DROITS DU CRÉANCIER

par Nathalie VÉZINA *

La demeure, préalable à la mise en oeuvre des droits du créancier, présente des liens importants avec le principe de la bonne foi dans l'exécution de l'obligation. Le souci de favoriser la coopération entre les parties, qui constitue l'une des facettes de la bonne foi, se manifeste tant par l'imposition d'une mise en demeure, droit à la dernière chance du débiteur de s'exécuter, que par une dispense de mise en demeure en faveur du créancier dans certaines circonstances. La demeure n'est pas simplement un prélude à la judiciarisation du litige qui oppose créancier et débiteur : elle constitue également l'élément déclencheur de certaines sanctions dont bénéficie le créancier sans intervention préalable du tribunal, ou sanctions «extrajudiciaires». L'auteure aborde trois types de sanctions extrajudiciaires - les intérêts pour le retard dans l'exécution de l'obligation, l'exécution en nature par remplacement et la résolution par le seul effet de la loi - et, pour chacun d'eux, analyse le rôle joué par la demeure comme instrument de promotion de la bonne foi des parties.

*, Professeure à la Faculté de droit, Université de Sherbrooke. L'auteure tient à remercier ses collègues François Tôth et Louis Marquis pour les commentaires qu'ils ont formulés relativement à une version antérieure de ce texte, ainsi que les juges de la chambre civile de la Cour du Québec, district de Québec, pour leurs observations à l'occasion d'une présentation sur le sujet.

SOMMAIRE

Introduction	457
I. L'évolution de la demeure à la lumière du devoir de bonne foi	458
A. Le droit du débiteur à une dernière chance	459
B. Le droit du créancier d'être dispensé d'un rappel à l'ordre de son débiteur	464
1. La demeure par l'effet de la loi	464
2. La demeure par les termes du contrat	466
3. Les cas résiduels de dispense	467
II. L'évolution de la demeure et l'émergence des modes de sanction extrajudiciaires	471
A. La demeure et le calcul des intérêts pour le retard dans l'exécution de l'obligation	472
B. La demeure dans le cas de malfaçons, la dénonciation en matière de vices cachés et l'exécution en nature par remplacement	476
C. La demeure dans l'inexécution substantielle du contrat et la résolution ou résiliation par le seul effet de la loi	485
Conclusion	494

Introduction

À première vue, la demeure apparaît comme un sujet plutôt éloigné des considérations fondamentales associées au devoir de bonne foi. Pour certains, son maintien est même sujet à critique.¹ Pourtant, il s'agit là d'une application concrète de ce principe cardinal du droit des obligations.

La bonne foi se traduit par un ensemble de normes diverses qui, comme le rappelle l'article 1375 C.c.Q., peuvent se rapporter à la naissance, à l'exécution ou encore à l'extinction de l'obligation. L'«exécution» de l'obligation renvoie notamment à la mise en oeuvre du droit à l'exécution de l'obligation. Or, parmi les paramètres généraux mentionnés par le législateur quant à la mise en oeuvre du droit à l'exécution, l'un d'entre eux s'avère particulièrement important au regard du devoir de bonne foi, soit la nécessité de constituer le débiteur en demeure (art. 1590 al. 2 C.c.Q.).

Dans le contexte de la mise en oeuvre du droit à l'exécution, le devoir de bonne foi peut se définir comme celui d'agir avec loyauté, honnêteté et intégrité.² Le comportement de bonne foi suppose un «souci de coopération»³ dont la nécessité de constituer le débiteur en demeure de s'exécuter représente l'une des manifestations. Traduit en termes concrets, le principe de la bonne foi justifie l'octroi au débiteur d'une dernière chance de s'exécuter par le biais de la mise en demeure et, dans certains cas, permet au créancier de se soustraire à cette démarche.

Il convient de se pencher sur le régime juridique de la demeure, afin de déterminer le moment à partir duquel le débiteur doit être considéré

-
1. Sur les critiques relatives à l'imposition d'une mise en demeure et le débat relatif à son abolition, lire N.H. Mograbi, *La mise en demeure*, thèse de doctorat en droit, Paris II, 1976 [non publiée] aux pp. 28-33. Voir aussi J.-C. Boulay, «Réflexion sur la notion d'exigibilité de la créance» (1990) *Rev. Trim. Droit com.* 339 au n° 45.
 2. P.-A. Crépeau, dir., *Dictionnaire de droit privé et lexiques bilingues*, 2^e éd., Montréal, Yvon Blais, 1991, v° «bonne foi»; G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, 2^e éd., Paris, Presses universitaires de France, 1990, v° «bonne foi»; H. Reid, *Dictionnaire de droit québécois et canadien*, Montréal, Wilson et Lafleur, 1994, v° «bonne foi».
 3. *Vocabulaire juridique*, *ibid.*, v° «bonne foi», 2a; J. Pineau, D. Burman et S. Gaudet, *Théorie des obligations*, 3^e éd., Montréal, Thémis, 1996 au n° 315 aux pp. 477-78.

officiellement «en défaut» de s'exécuter. À cet égard, il s'avère essentiel de distinguer la «demeure» et la «mise en demeure». La demeure constitue l'état de la partie dont le défaut de s'exécuter est juridiquement constaté. La mise en demeure, quant à elle, consiste en un rappel qui émane du créancier et par lequel le débiteur est invité à s'exécuter. En principe, la mise en demeure ne coïncide pas avec la demeure : lorsque la mise en demeure est requise, le débiteur dispose d'un délai pour s'exécuter (art. 1495 al. 2 et 1496 C.c.Q.) et, à moins de renoncer à ce délai d'exécution, il ne sera considéré «en demeure» que lorsque ce délai sera écoulé. Toutefois, lorsque le créancier est dispensé de cette démarche préliminaire, le débiteur est constitué en demeure de plein droit, dès la survenance de l'événement qui justifie cette dispense.

L'analyse des conditions requises pour constituer le débiteur en demeure est donc marquée, de façon plus significative qu'il pourrait y paraître au premier coup d'oeil, par la recherche de la conduite de bonne foi qui s'impose dans le droit des obligations (I).

Cette recherche des conditions propres à la constitution du débiteur en demeure présenterait un intérêt limité si l'on s'en tenait à la fonction classique de la demeure, soit le simple prélude à une judicialisation du litige. Ce serait là oublier que la demeure constitue également l'élément déclencheur de certaines sanctions au profit du créancier, sans intervention préalable du tribunal - les sanctions dites «extrajudiciaires». Or, ces sanctions jouent un rôle accru dans le droit nouveau. Nous tenterons d'identifier la façon de concilier ces modes de sanction automatiques avec la promotion de la bonne foi dans la mise en oeuvre du droit à l'exécution de l'obligation (II).

I. L'évolution de la demeure à la lumière du devoir de bonne foi

L'imposition d'une mise en demeure accompagnée d'un délai d'exécution (A), d'une part, et la dispense de mettre en demeure (B), d'autre part, traduisent le dilemme auquel le législateur et les tribunaux sont confrontés : comment encadrer la mise en oeuvre du droit à l'exécution de l'obligation de façon à respecter les intérêts du débiteur disposé à s'exécuter correctement et ceux du créancier privé d'une telle exécution?

A. Le droit du débiteur à une dernière chance

Parmi les différents types de préavis auxquels un créancier peut être assujéti, la mise en demeure constitue certes, en pratique, le mode le plus courant et le plus important de rappel à l'ordre d'un débiteur. La règle d'origine romaine «*dies non interpellat pro homine*»⁴ trouve application dans notre droit. À l'arrivée du terme, le créancier doit inviter son débiteur à s'exécuter avant de pouvoir obtenir une sanction du défaut de ce dernier. Son silence est interprété comme une extension tacite en faveur du débiteur.⁵ C'est ce qui fait dire à un auteur que «la mise en demeure produit l'effet d'un terme après le terme».⁶ La mise en demeure vise à écarter toute ambiguïté entre les parties à l'obligation. Par cette démarche, le créancier avertit son débiteur qu'il n'entend pas lui accorder de délai supplémentaire et que, à défaut d'exécution, il se prévaudra des droits qui lui sont reconnus par la loi.⁷

L'article 1594 C.c.Q. énonce différents modes par lesquels le débiteur peut être constitué en demeure. Le créancier peut être tenu de procéder à une «mise en demeure», laquelle prend la forme d'une demande extrajudiciaire ou judiciaire (art. 1594 al. 2, 1595 et 1596 C.c.Q.). Dans d'autres cas, le créancier est dispensé des formalités de mise en demeure, puisque le débiteur est constitué «en demeure» par l'effet automatique de la loi, par une clause du contrat qui lie les parties (art. 1594 al. 1 et 2 et 1597 C.c.Q.) ou encore, nous le verrons plus loin, dans certains cas reconnus en jurisprudence.

Le législateur n'édicte pas formellement que certains modes sont de principe et d'autres d'exception. Néanmoins, le devoir de bonne foi, qui suppose le maintien d'un esprit de coopération entre les parties, amène à

-
4. «Le jour (l'échéance) n'interpelle pas (le débiteur) pour l'homme (le créancier)» : A. Mayrand, *Dictionnaire de maximes et locutions latines utilisées en droit*, 3^e éd., Cowansville, Yvon Blais, 1994.
 5. P. Rainville, «The Role of Silence During the Life of a Contract : A Civilian Perspective», thèse de doctorat, Oxford, 1993 [non publiée] aux pp. 161-65; voir aussi aux pp. 166-68.
 6. Boulay, *supra* note 1 au n° 45.
 7. J.-L. Baudouin, *Les obligations*, 4^e éd., Cowansville, Yvon Blais, 1993 au n° 735 à la p. 405 [ci-après Baudouin, *Obligations*]; Pineau, Burman et Gaudet, *supra* note 3 au n° 432 à la p. 624; R.P. Kouri, «The Putting in Default» (1971) 2 R.D.U.S. 1 aux pp. 4-5; Rainville, *supra* note 5 aux pp. 163 et 164.

conclure que la mise en demeure constitue le principe et la dispense, l'exception. Or, le créancier doit, malgré toute stipulation contraire, faire la preuve des faits qui permettent de se prévaloir d'une telle exception (art. 1598 C.c.Q.).⁸

La mise en demeure joue un rôle fondamental au regard du devoir de bonne foi du créancier. Le professeur Jobin, dans un passage cité avec approbation par la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Houle*,⁹ écrit au sujet du délai raisonnable dans le contexte de la demande de paiement du prêteur :

«La mise en demeure n'est pas une simple formalité; elle joue un rôle précis. Le but de ce délai raisonnable est d'accorder au débiteur la possibilité réelle de payer, c'est-à-dire le temps minimum nécessaire pour trouver des fonds et les remettre au prêteur».¹⁰

Dans son texte, l'auteur ajoute : «Il s'agit en somme de trouver le point d'équilibre entre les intérêts légitimes respectifs des parties».¹¹

Déjà, dans le droit antérieur, des règles d'origine jurisprudentielle ont contribué à faire de la mise en demeure un instrument de promotion de la bonne foi en établissant des paramètres quant à sa validité. Ainsi, pour produire des effets, la mise en demeure ne peut se limiter à annoncer au débiteur les sanctions dont le créancier entend se prévaloir. Elle doit clairement énoncer les manquements reprochés au débiteur,¹² les demandes adressées doivent être

8. L'article 1598 C.c.Q. renvoie à la demeure «de plein droit», une expression qui peut prendre un sens différent selon la disposition dans laquelle elle s'insère. Ici, il nous semble s'agir tant de la demeure par le seul effet de la loi que celle par l'effet du contrat. Dans le même sens, voir Baudouin, *Obligations*, *supra* note 7 au n° 737 à la p. 406. Voir *contra* Pineau, Burman et Gaudet, *supra* note 3 au n° 434 à la p. 629. Ce principe est inspiré de la *Loi sur la protection du consommateur*, L.R.Q. c. P-40.1, art. 11 : *Commentaires du ministre de la Justice*, t. I, Québec, Publications du Québec, 1993 à la p. 986 (sous l'art. 1598 C.c.Q.).

9. *Houle c. Banque Canadienne Nationale*, [1990] 3 R.C.S. 122 à la p. 171.

10. P.-G. Jobin, «L'abus de droit contractuel depuis 1980» dans *Congrès annuel du Barreau du Québec (1990)*, Montréal, Service de la Formation permanente, Barreau du Québec, 1990, 127 à la p. 137. Les mêmes propos ont été repris dans un texte publié ultérieurement par le même auteur : «Grands pas et faux pas de l'abus de droit contractuel» (1991) 32 C. de D. 153 à la p. 167.

11. *Ibid.*

12. Voir *Letang c. Poirier* (3 juillet 1979), Hull 550-05-001479-78, J.E. 79-827 (C.S.).

conformes à l'obligation qui lie les parties¹³ et elles doivent être assez explicites pour que le débiteur sache quelle est la prestation attendue.¹⁴ De plus, le débiteur doit avoir une réelle chance de s'exécuter. C'est ainsi que les tribunaux ont sanctionné le comportement du créancier qui, tout en mettant son débiteur en demeure de s'exécuter, refusait dans les faits de permettre cette exécution.¹⁵

Ils ont rejeté le recours du créancier qui invoquait l'inexécution du débiteur, alors qu'il n'avait pas mis ce dernier en demeure de s'exécuter au moment où cette exécution était encore possible.¹⁶ Dans l'affaire *Gareau c. Habitations Beaupré inc.*,¹⁷ le Tribunal allait plus loin encore et rejetait un recours en dommages-intérêts institué par un créancier sans mise en demeure préalable, pour le préjudice causé par la mauvaise exécution de son débiteur dans la construction d'un immeuble, alors que ce dernier était encore en mesure de constater son inexécution mais qu'il n'avait pas été formellement invité par le créancier à corriger sa prestation. Le juge Nichols, alors à la Cour supérieure, écrivait :

«Le but primordial de la mise en demeure c'est donc la protection du débiteur contre les abus possibles de créanciers qui, trouvant prétexte à contravention dans toutes espèces de situation, forceraient leurs co-contractants à subir le préjudice de procès sans jamais avoir été prévenus de leurs prétendues contraventions et sans jamais avoir été appelés à les corriger».¹⁸

Si la décision rendue dans l'affaire *Gareau* ne fait pas l'unanimité sur d'autres points, ce dont nous aurons l'occasion de traiter plus loin,¹⁹ elle a tout

13. *Gauthier c. Blanchette*, [1977] C.S. 821.

14. *Bergeron c. Lafleur*, [1981] C.P. 343.

15. *Maçonnerie Laprairie inc. c. Lemieux* (19 octobre 1994), Longueuil 505-02-004671-909, J.E. 95-49 (C.Q.).

16. Par exemple, *Office du crédit agricole du Québec c. Adam*, [1990] R.R.A. 316 (C.S.); *De Montigny c. Jutras*, [1993] R.D.I. 385 (C.Q.). Voir *Pépin c. Diamond*, [1989] R.L. 521 (C.A.), où le débiteur auteur de l'inexécution a par la suite offert une exécution valable, ce qui a justifié le rejet de la demande. Voir aussi ci-dessous, partie II.B, en matière d'exécution en nature par remplacement.

17. *Gareau c. Habitations Beaupré inc.*, [1981] R.L. 410 (C.S.).

18. *Ibid.* à la p. 438.

19. Voir ci-dessous, parties I.B et II.B.

de même le mérite de souligner l'importance de la mise en demeure dans le processus de sanction des droits du créancier.

Certains indices permettent de constater l'importance qu'accorde le législateur à la mise en demeure dans le droit nouveau. Le plus évident est sans aucun doute la codification du courant jurisprudentiel qui octroyait un délai d'exécution à compter de la mise en demeure (art. 1595 al. 2 et 1596 C.c.Q.). On peut lire dans les *Commentaires du ministre de la Justice* :

«[le second alinéa de l'article 1595 C.c.Q.] vise à favoriser davantage l'exécution des obligations, en faisant de la mise en demeure un moyen destiné non seulement à constater le retard du débiteur à exécuter, mais aussi, désormais, à rappeler le débiteur à l'ordre et à imposer au créancier l'obligation d'accorder à son débiteur un délai raisonnable pour qu'il exécute».²⁰

L'élimination de l'article 1069 C.c.B.C., à l'occasion de la réforme, s'inscrit dans la même veine. En vertu de cet article, la seule arrivée du terme dans un contrat de nature commerciale avait pour effet de constituer le débiteur en demeure, sans nécessité de mise en demeure préalable. Désormais, le débiteur aura donc droit à un rappel à l'ordre par une mise en demeure, à moins que le créancier ne fasse la preuve de faits qui justifient un motif particulier de dispense de demeure.²¹ À notre avis, ce n'est pas l'élimination de la notion de

20. *Commentaires du ministre de la Justice*, *supra* note 8 à la p. 983 (sous l'art. 1595 C.c.Q.); voir aussi à la p. 984 (sous l'art. 1596 C.c.Q.). Voir également J. Pineau, «Théorie des obligations» dans Barreau du Québec et Chambre des notaires du Québec, *La réforme du Code civil*, t. II, Sainte-Foy, Presses de l'Université Laval, 1993 au n° 164 aux pp. 168-70; Kouri, *supra* note 5 aux pp. 57-58. On doit par ailleurs éviter de confondre ce délai et le «délai de grâce» (par ex. art. 1600 C.c.Q.), lequel est simplement destiné à retarder les poursuites ou l'exercice du droit en justice du créancier : *Commentaires du ministre de la Justice*, *ibid.* à la p. 987 (sous l'art. 1600 C.c.Q.).

21. La disparition de la règle énoncée à l'article 1069 C.c.B.C. pourrait causer des problèmes de droit transitoire. En effet, comme la demeure se rapporte aux droits du créancier en cas d'inexécution de l'obligation par le débiteur, elle est assujettie à la loi nouvelle dans tous les cas où l'inexécution est postérieure à l'entrée en vigueur du Code civil du Québec : *Loi sur l'application de la réforme du Code civil*, L.Q. 1992, c. 57 art. 88. Ce faisant, dans le cas de contrats où l'on n'avait pas prévu d'inclure une clause constituant le débiteur en demeure à la seule arrivée du terme, compte tenu de l'article 1069 C.c.B.C., le créancier sera en principe tenu d'expédier une mise en demeure et d'accorder à son débiteur un délai

commercialité qui explique la disparition de ce cas de dispense : il aurait en effet été facile de transposer la règle en fonction de la notion correspondante du droit nouveau, soit les contrats relatifs au service ou à l'exploitation d'une entreprise (art. 1525 C.c.Q.), même si cette notion s'avère plus large que celle de commercialité.

Il ne s'agit pas là des seules manifestations de l'importance accordée par le législateur à la mise en demeure. Ainsi, l'imposition d'une mise en demeure sous forme écrite²² (art. 1595 al. 1 C.c.Q.), même en cas de contrat verbal²³ doit s'interpréter comme une manifestation de la dimension substantielle de la mise en demeure,²⁴ et non comme un relent formaliste et procédurier.

En matière de vente, le législateur a profité de la réforme pour codifier l'obligation de dénoncer au vendeur, dans un délai raisonnable, l'existence d'un risque d'atteinte à son droit de propriété (art. 1738 C.c.Q.) ou l'existence d'un vice qui affecte le bien (art. 1739 C.c.Q.), autre manifestation de ce droit du débiteur à une dernière chance.

La nécessité de protéger le débiteur de bonne foi, dont on présume qu'il est disposé à s'exécuter à moins de preuve contraire, justifie le principe de la mise en demeure. Il faut toutefois éviter qu'une interprétation trop restrictive des causes de dispense ne s'avère contraire aux intérêts du créancier de bonne foi, lui-même victime du comportement de son débiteur ou des circonstances dans lesquelles survient l'inexécution. Cette recherche d'un équilibre entre les intérêts légitimes des deux parties en présence appelle donc une délimitation du domaine et des modalités de dispense de mise en demeure.

-
- d'exécution conformément à l'article 1595 ou 1596 C.c.Q.
22. Toutefois, l'interpellation verbale est encore appelée à jouer un rôle en matière de demeure, par exemple lorsque le créancier invoque la répudiation des obligations du débiteur. Voir ci-dessous, partie I.B.1.
23. Contrairement à ce que prévoyait l'article 1067 C.c.B.C. *in fine*, qui permettait une mise en demeure verbale dans un tel cas.
24. On peut lire dans les *Commentaires du ministre de la Justice*, *supra* note 8 à la p. 983 (sous l'art. 1595 C.c.Q.) : « Cette exigence nouvelle, qui est de nature à faciliter la preuve de la mise en demeure et de sa date, a paru s'imposer, eu égard aux conséquences importantes de la mise en demeure sur les droits respectifs des parties. »

B. Le droit du créancier d'être dispensé d'un rappel à l'ordre de son débiteur

Malgré l'importance accordée à la mise en demeure, dans le droit antérieur comme dans le droit nouveau, certains facteurs ont permis d'écarter cette démarche afin de protéger les intérêts légitimes du créancier : ce dernier profite alors de tous les effets associés à la demeure de façon immédiate, sans être tenu d'accorder un délai d'exécution additionnel à son débiteur. C'est ce que plusieurs appellent la demeure de plein droit mais que nous désignerons plutôt comme la demeure «par l'effet de la loi» (1) ou «par l'effet du contrat» (2), selon le cas.²⁵ L'identification des facteurs qui justifient ces cas de dispense nous paraît essentielle à une meilleure appréciation de la portée de ces exceptions au principe de la mise en demeure. Il convient également de se pencher sur la possibilité, pour le créancier, d'être dispensé de mettre son débiteur en demeure lorsque la situation n'est pas directement visée par l'un des cas prévus par la loi et qu'il n'y a pas demeure par les termes du contrat (3).

1. La demeure par l'effet de la loi

Par l'article 1597 C.c.Q., le législateur identifie différentes situations où le débiteur est privé d'un rappel et, par conséquent, d'une dernière chance de s'exécuter. Si l'on se penche sur ces différents cas, deux facteurs expliquent la dispense dont bénéficie le créancier, soit l'inutilité de la mise en demeure et l'attitude manifestée par le débiteur.

Il ne fait pas de doute que la mise en demeure ne saurait être imposée lorsqu'elle s'avère à toutes fins pratiques inutile. L'exiger dans de telles circonstances relèverait d'un formalisme contraire à l'esprit du droit actuel. C'est ainsi que la loi dispense le créancier de mettre son débiteur en demeure lorsqu'il y a urgence, ou encore que l'obligation ne pouvait être exécutée utilement que dans un certain temps que le débiteur a laissé s'écouler (art. 1597

25. L'expression «demeure de plein droit» peut, en effet, s'avérer ambiguë dans certains cas : elle peut renvoyer à tout cas de dispense de mise en demeure, ou uniquement à ceux qui résultent de la loi. À ce sujet, voir ci-dessous, partie II.C. Voir aussi M. Tancelin, *Des obligations*, vol. 2, Montréal, Wilson et Lafleur, 1993 au n° 676 à la p. 180; Pineau, Burman et Gaudet, *supra* note 3 au n° 434 à la p. 629.

al. 1 C.c.Q.). Le fait d'avoir manqué à l'exécution d'une obligation de ne pas faire relève du même fondement : en principe, même mis en demeure, le débiteur ne pourrait arriver à effacer un acte passé qu'il devait s'abstenir de poser. De la même façon, la mise en demeure d'exécuter une obligation s'avère inutile lorsque le débiteur a, par sa faute, rendu l'exécution en nature impossible.

Le second fondement, soit l'attitude du débiteur, se rencontre essentiellement dans deux cas. Il en va ainsi, tout d'abord, du débiteur qui manifeste clairement son intention de ne pas exécuter l'obligation - c'est-à-dire la «répudiation» de l'obligation.²⁶ C'est également le cas du débiteur qui refuse ou néglige, de façon répétée, d'exécuter une obligation à exécution successive (art. 1597 al. 2 C.c.Q. *in fine*).²⁷

Dans tous ces cas de dispense, qu'ils soient motivés par l'inutilité de la mise en demeure ou encore par l'attitude du débiteur, le principe de la bonne foi apparaît en filigrane : le débiteur ne saurait chercher à se prévaloir d'un délai d'exécution lorsque celui-ci s'avère purement dilatoire. Dans les différentes hypothèses énumérées à l'article 1597 C.c.Q., le législateur a jugé bon d'écarter

26. Par exemple, *Felvic inc. c. A & A Démolition (Québec) ltée* (25 novembre 1996), Montréal 500-09-000647-917, J.E. 97-6 (C.A.); *Prévost c. 132335 Canada ltée* (9 décembre 1988), Québec 200-09-000589-868, J.E. 89-239 (C.A.); *Svatek c. Abony*, [1986] R.D.I. 605 (C.P.); *Gestion Adlexco ltée c. Brody* (12 novembre 1992), Montréal 500-02-012735-903, J.E. 91-158 (C.Q.); *Habitations Desjardins du Centre-ville c. Lamontagne*, [1996] R.J.Q. 2753 (C.Q.). Pour une analyse de la répudiation par le débiteur et certaines nuances quant à la mauvaise foi manifestée par le débiteur dans de telles circonstances, voir Rosensweig, «Unilateral Resolution, the State of the Law and the *Civil Code of Quebec*» (1994-95) 97 R. du N. 3 aux pp. 19-22.

La répudiation peut survenir lorsque le créancier mentionne au débiteur l'inexécution constatée, par exemple le retard dans l'exécution ou encore l'exécution défectueuse, et que le débiteur n'apporte aucun correctif. Donc, même si l'article 1595 C.c.Q. exige désormais une mise en demeure écrite, les doléances exprimées verbalement par le créancier s'avèrent toujours pertinentes dans l'analyse de la demeure.

27. Même si les autorités ne le mentionnent pas explicitement, ce cas de dispense ne saurait être invoqué à l'égard du premier manquement : il vise simplement à éviter que le créancier, déjà victime d'une première inexécution pour laquelle il a constitué son débiteur en demeure, soit tenu d'expédier une nouvelle mise en demeure pour toute nouvelle inexécution. Par exemple : *Caron c. Letendre*, [1987] R.D.I. 252 (C.S.), appel rejeté, 25 octobre 1991, C.A.M. 500-09-000517-870. En ce qui concerne la première inexécution, le débiteur a droit à une mise en demeure, à moins qu'il existe un motif distinct pour dispenser le créancier d'une telle démarche.

la mise en demeure et l'octroi d'un délai d'exécution afin de protéger les intérêts légitimes du créancier victime de l'inexécution.

2. La demeure par les termes du contrat

En principe, le droit du débiteur à la mise en demeure n'est pas d'ordre public. Les parties à un contrat peuvent donc convenir par une clause au contrat que la seule arrivée du terme, c'est-à-dire le retard du débiteur à offrir sa prestation, aura pour effet de le constituer en demeure (art. 1594 al. 1 C.c.Q.).²⁸ On peut par ailleurs s'interroger sur l'effet d'une telle clause quant à l'exécution ponctuelle mais insatisfaisante du débiteur; l'interprétation de la volonté des parties sera, à cet égard, déterminante.²⁹

Même si le souci de favoriser l'efficacité des rapports contractuels a pu inciter le législateur à maintenir ce cas de dispense de mise en demeure, la bonne foi des parties au contrat a également joué un rôle en ce sens : on rejoint ici l'idée de l'attitude du débiteur, conscient de la portée de ses actes et qui ne saurait tirer profit d'un délai auquel il a valablement renoncé. C'est du moins l'idée qui ressort des *Commentaires du ministre de la Justice* :

«Il n'a pas paru opportun de supprimer la possibilité de stipulations contractuelles prévoyant que le seul écoulement du temps pour exécuter l'obligation emporterait automatiquement la demeure du débiteur. Il a paru qu'une telle suppression aurait conduit à accorder au débiteur un véritable droit au retard dans l'exécution de ses obligations, au mépris de ses engagements formels et des stipulations expresses du contrat»³⁰

28. Pour une appréciation critique de la rédaction de l'article 1594 al. 1 C.c.Q. et des effets possibles de cette disposition sur la protection des droits du débiteur (notamment quant à l'exercice des droits énoncés au titre *Des hypothèques*), voir Tancelin, *Des obligations*, *supra* note 25 au n° 675.2 à la p. 179. Il nous semble que la mise en demeure, dans un tel contexte, pourrait être considérée d'ordre public.

29. Si l'on reconnaît la validité de la dispense conventionnelle relative à une exécution défectueuse, l'application de l'article 1598 C.c.Q. s'avérera particulièrement importante pour la protection des droits du débiteur. En ce sens, voir Baudouin, *Obligations*, *supra* note 7 au n° 737 à la p. 406.

30. *Commentaires du ministre de la Justice*, *supra* note 8 à la p. 982 (sous l'art. 1594 C.c.Q.).

L'identification des fondements de la dispense conventionnelle de mise en demeure ne constitue pas un exercice purement théorique. En effet, si l'efficacité constituait le seul motif, il faudrait appliquer ce cas de dispense de façon systématique, sans jamais tenir compte du contexte dans lequel le créancier cherche à s'en prévaloir. Si l'on y voit, au contraire, une manifestation du souci de sanctionner le débiteur de mauvaise foi, il est possible d'imaginer des situations où il serait jugé opportun de mettre de côté une telle clause et d'imposer au créancier l'octroi d'un délai raisonnable d'exécution. En effet, contrairement aux cas décrits à l'article 1597 C.c.Q. au sujet de la demeure par le seul effet de la loi, la clause qui dispense le créancier de mettre son débiteur en demeure résulte parfois d'un pouvoir de négociation inégal et le débiteur à qui on l'impose ne sera pas nécessairement de mauvaise foi. Il peut donc arriver que, par souci d'équité et de protection des intérêts du débiteur de bonne foi, l'on soit amené à restreindre l'exercice de la liberté contractuelle et l'effet obligatoire du contrat. Ainsi, le créancier qui commet un abus de droit contractuel ne saurait trouver refuge derrière une clause qui le dispense de mettre son débiteur en demeure (art. 6, 7 et 1375 C.c.Q.), ce qui a déjà été reconnu par la Cour suprême dans l'arrêt *Houle*.³¹

3. Les cas résiduels de dispense

Le créancier qui ne se situe pas clairement dans l'un des cas énoncés à l'article 1597 C.c.Q. et qui ne bénéficie pas de la demeure par les termes du contrat pourra-t-il, dans tous les cas, se faire reprocher le défaut de mettre son débiteur en demeure? Autrement dit, existe-t-il des cas de dispense «résiduels» ou «innommés»?

On pourrait certes adopter une position restrictive à cet égard et répondre par la négative, en alléguant que le créancier qui désire se prémunir contre la nécessité d'une mise en demeure pourra le faire en prévoyant une dispense conventionnelle (art. 1594 al. 1 C.c.Q.). Cette position ne nous semble pas convaincante puisque cela permettrait, dans certaines circonstances, de protéger un débiteur qui ne mérite pas un droit à la dernière chance. Même si le législateur a cherché à faire une synthèse aussi complète que possible des cas de

31. *Houle*, *supra* note 9 à la p. 176.

dispense à l'occasion de la réforme, il ne nous semble toutefois pas que les articles 1594 et 1597 C.c.Q. énoncent ces cas de façon limitative. Il nous apparaît donc souhaitable de conserver la position jurisprudentielle du droit antérieur et d'accepter l'existence de cas de dispense résiduels, tout en adoptant une attitude prudente sur la question afin d'éviter une érosion du principe de la mise en demeure.

Dans certains cas, des considérations inspirées par la bonne foi empêchent le débiteur de soulever l'absence de mise en demeure ou encore le caractère inadéquat, insuffisant, incomplet ou tardif de celle-ci. Ainsi, le débiteur n'est pas admis à invoquer le préjudice qui découle d'une mise en demeure invalide lorsque cet argument est invoqué, pour la première fois, devant la juridiction d'appel.³²

Par ailleurs, le débiteur ne peut se plaindre du défaut de son créancier de lui expédier une mise en demeure lorsqu'il a lui-même quitté son domicile sans laisser d'adresse.³³ Dans ce dernier cas, on peut même y voir un cas où le débiteur a, par son fait, rendu l'exécution en nature impossible (art. 1597, al. 2 C.c.Q.).

La connaissance ou le comportement du débiteur peut aussi, dans une certaine mesure, avoir une incidence sur le devoir du créancier de le mettre en demeure. Ainsi, en cas de risques d'atteinte au droit de propriété ou de vices qui affectent le bien vendu, le débiteur-vendeur est en droit de recevoir une dénonciation par laquelle le créancier-acheteur lui demande de remédier au problème,³⁴ mais il ne peut soulever le caractère tardif de cette dénonciation s'il avait une connaissance réelle ou présumée du problème (art. 1738 al. 2 et 1739 al. 2 C.c.Q.).

32. *Équipement Lefco inc. c. Roche ltée*, [1993] R.D.J. 234 (C.A.); *Mignacca c. Benoît*, [1993] R.D.I. 283 (C.A.).

33. *Kapanga c. Coopérative Multi-Carrefour*, [1994] J.L. 140 (C.Q.).

34. P.-G. Jobin, *La vente dans le Code civil du Québec*, Cowansville, Yvon Blais, 1993 au n° 158 aux pp. 126-27. Par exemple, *Guardian du Canada c. Construction Brennan inc.* (24 février 1997), Québec, 200-02-002938-951, j. Sheehan (C.Q.).

La question de l'incompétence du débiteur appelle quelques précisions. Tout d'abord, il convient de distinguer la mauvaise exécution et l'incompétence véritable. Le débiteur «incompétent» au sens où nous l'entendons ici est celui qui, de façon généralisée, ne maîtrise pas son art : ses connaissances et habiletés ne lui permettent pas de comprendre les causes ou l'étendue de son inexécution et, à plus forte raison, d'y apporter des correctifs appropriés. Il faut souligner que l'incompétence du débiteur ne constitue pas, en soi, un motif de demeure par l'effet de la loi. Il a droit, en principe, à un rappel à l'ordre afin qu'il ait la possibilité de corriger cette prestation. Toutefois, il peut arriver que les circonstances permettent d'identifier soit un cas de demeure par l'effet de la loi, soit encore un cas résiduel de dispense de mise en demeure. L'élément de connaissance de l'insatisfaction du créancier par le débiteur joue, à cet égard, un rôle déterminant.

La connaissance de l'insatisfaction du créancier peut être acquise sans même que le débiteur ait reçu une mise en demeure, par exemple à l'occasion de conversations ou de correspondances informelles. Or, il arrive que le débiteur, informé de l'insatisfaction du créancier, nie l'inexécution et refuse de reprendre les travaux, ou encore propose des mesures manifestement inadéquates. La situation peut alors, en définitive, s'analyser comme un cas de répudiation, motif de demeure par le seul effet de la loi (art. 1597 al. 2 C.c.Q.). Le débiteur qui prend connaissance de l'insatisfaction de son créancier ne peut se réfugier derrière un argument formaliste - c'est-à-dire l'absence de demande d'exécution par le créancier - pour se défilier de son obligation. C'est d'ailleurs dans ce sens que la Cour d'appel s'est prononcée dans l'arrêt *Voyageurs Marine Co. c. Q-Plast (1978) inc.*³⁵ Le débiteur doit lui-même démontrer sa bonne foi en offrant une exécution conforme, le cas échéant, au moyen d'offres réelles (art. 1573 et s. C.c.Q.) et, si ces dernières sont refusées sans droit par le créancier, le débiteur pourra faire reconnaître leur caractère libératoire s'il s'est toujours montré disposé à offrir sa prestation (art. 1588 C.c.Q.).³⁶ Dans l'affaire

35. *Voyageurs Marine Co. c. Q-Plast (1978) inc.*, [1989] R.L. 91 (C.A.) et obs. M. Tancelin et D. Gardner, *Jurisprudence commentée sur les obligations*, 6^e éd., Montréal, Wilson et Lafleur, 1996 au n° 200 à la p. 560. Dans le même sens, voir *Mignacca c. Benoît*, *supra* note 32.

36. L'auteure tient à souligner la contribution du professeur François Tôth, sur la question de la pertinence du mécanisme des offres réelles dans un tel contexte.

Gareau c. Habitations Beaupré inc.,³⁷ le débiteur avait connaissance de l'inexécution reprochée par les créanciers et proposait des correctifs mineurs malgré l'importance des défauts éventuellement reconnus par le tribunal. Il nous semble que cette situation s'apparentait à une répudiation et aurait donc dû dispenser le créancier de mettre son débiteur en demeure. Ce dernier ne pouvait, du même souffle, nier la nécessité de reprendre les travaux et déplorer l'absence de mise en demeure judiciaire ou extrajudiciaire par laquelle il aurait été invité à le faire. Toujours au sujet de l'impact de la connaissance par le débiteur de l'insatisfaction de son créancier, il arrive qu'un débiteur ainsi informé adopte alors un comportement qui démontre qu'une mise en demeure formelle était inutile, par exemple en prenant des mesures par lesquelles il reconnaît implicitement son défaut d'exécuter l'obligation entièrement, correctement et sans retard,³⁸ ce qui rend alors la mise en demeure inutile.

Lorsque le créancier confronté à l'incompétence de son débiteur n'a aucunement pris la peine de faire connaître son mécontentement, ne serait-ce que par un avis verbal en ce sens, il nous semble contraire au principe de la bonne foi de le dispenser systématiquement de mise en demeure sur le seul fondement de l'incompétence de son débiteur. Une solution plus juste, à notre avis, consisterait à présumer, dans de telles circonstances, qu'une mise en demeure n'aurait eu aucune utilité compte tenu du degré d'incompétence constaté et à imposer au débiteur le fardeau de démontrer qu'il aurait pu, en étant valablement informé de l'insatisfaction de son créancier, corriger sa prestation. Le créancier supporte alors le fardeau de démontrer l'incompétence généralisée du débiteur (et non sa seule exécution incorrecte). Cette solution s'avère malgré tout intéressante pour lui, puisqu'il revient au débiteur d'apporter une preuve convaincante des mesures qu'il aurait adoptées en étant correctement informé, par exemple l'utilisation d'une autre technique appropriée qu'il maîtrisait, le recours aux services d'un tiers qui lui avait déjà prêté assistance en pareilles circonstances,³⁹ etc.

37. *Gareau c. Habitations Beaupré inc.*, *supra* note 17.

38. Par exemple, *Industries avicoles de Bedford ltée c. Bérard* (15 mai 1980), Bedford 455-05-000254-78, J.E. 80-563 (C.S.).

39. Cela suppose, bien entendu, que la nature de la prestation ne s'opposait pas à l'intervention d'un tiers : art. 1555 al. 2 C.c.Q.

Il n'est pas toujours aisé de tracer la frontière entre les cas où la mise en demeure est requise et ceux où le créancier en est dispensé. Si l'effet unique de la demeure était de permettre au créancier d'exercer son recours par une demande en justice, un tel exercice de délimitation serait d'un intérêt limité : en effet, la demande en justice vaut mise en demeure et un créancier ne verra donc pas, en principe, son recours rejeté pour le seul motif qu'il a manqué d'expédier une mise en demeure extrajudiciaire à son débiteur⁴⁰ (sous réserve d'une exception notable en matière d'exécution en nature par remplacement⁴¹). Tout au plus, il aura à subir les frais de la demande en justice et, pour ce faire, le débiteur devra s'être exécuté dans un délai raisonnable à compter de la demande (art. 1596 C.c.Q.).⁴² La question gagne toutefois en intérêt lorsque l'on constate que la demeure entraîne différentes sanctions juridiques qui ne nécessitent pas l'intervention préalable d'un tribunal. Or, cet aspect doit être envisagé en ne perdant pas de vue la protection des intérêts légitimes des deux parties à l'obligation.

II. L'évolution de la demeure et l'émergence des modes de sanction extrajudiciaires

Lors de la réforme, le législateur a favorisé l'émergence de sanctions qui surviennent sans intervention préalable des tribunaux ou même, dans certains cas, de judiciarisation du litige - ce que nous appellerons les «sanctions extrajudiciaires», également connues sous l'expression «sanctions de plein droit». Le rôle des tribunaux, dans le cadre de telles sanctions, se limite à constater *a posteriori* leurs conditions d'application. Cette évolution, destinée à assurer une meilleure protection des intérêts du créancier,⁴³ doit être analysée

40. *Comité régional des usagers des transports en commun de Québec c. C.T.C.U.Q.*, [1981] 1 R.C.S. 424.

41. *Caron c. Centre Routier inc.*, [1990] R.J.Q. 75 (C.A.); *Quintas c. Gravel*, [1993] R.D.J. 383 (C.A.). Voir ci-dessous, partie II.B.

42. Dans le même sens, voir *Jubenville c. Peschlow* (13 avril 1995), Montréal 500-09-002051-936, J.E. 95-976 (C.A.).

43. Voir notamment ci-dessous, parties II.B et II.C.

On peut douter que cette évolution ait eu pour justification la volonté de désengorger les rôles d'audience. En effet, les parties se présenteront souvent devant le tribunal pour s'affronter soit sur les conditions d'application de la sanction, soit encore sur des conclusions accessoires (par exemple, l'octroi de dommages-intérêts). D'ailleurs, la problématique des lenteurs de la justice appelle plutôt des réformes procédurales.

dans l'optique du respect des droits du débiteur de bonne foi : en effet, il convient d'éviter qu'une application sans nuance de ces sanctions, ou encore que les agissements intempestifs de la partie qui compte s'en prévaloir, ne s'avèrent contraires aux intérêts légitimes du débiteur de bonne foi.

Le lien entre le respect du principe de bonne foi et la demeure ressort clairement dans le contexte des sanctions extrajudiciaires. Puisque la demeure constitue souvent l'élément déclencheur de ce type de sanction, on constate l'importance de s'interroger sur la nécessité d'une mise en demeure préalable, ainsi que sur les moyens d'atténuer, le cas échéant, la rigueur de la sanction lorsque le créancier est effectivement dispensé d'offrir une dernière chance à son débiteur.

Parmi les sanctions extrajudiciaires présentes dans le Code civil,⁴⁴ trois d'entre elles ont retenu notre attention, soit les intérêts pour le retard dans l'exécution de l'obligation (A), l'exécution en nature par remplacement en cas de vices cachés et de malfaçons (B) ainsi que la résolution sans poursuite judiciaire à l'occasion d'une inexécution substantielle du débiteur (C).

A. La demeure et le calcul des intérêts pour le retard dans l'exécution de l'obligation

Destinés à réparer le préjudice causé au créancier par le retard du débiteur à s'exécuter, les dommages moratoires sont régis par des règles distinctes selon que l'obligation inexécutée consiste en une prestation en nature ou pécuniaire. Ces dommages prennent, dans plusieurs cas, la forme d'intérêts. Ceux-ci sont appliqués sur le montant dû initialement, en cas d'obligations pécuniaires (art. 1617 C.c.Q.) ou sur le montant qui représente l'équivalent

44. Parmi les autres sanctions extrajudiciaires, voir le transfert des risques (art. 1562, 1600 al. 2 et 1693 al. 1 C.c.Q.; voir aussi art. 1582 al. 2 C.c.Q.); dans le cadre d'une obligation alternative, le droit d'une partie de choisir la prestation si l'autre partie, à qui revenait ce choix, ne l'a pas exercé avant l'expiration du délai donné dans la mise en demeure (art. 1546 al. 2 C.c.Q.); dans la vente à tempérament d'un bien meuble, la reprise du bien par le vendeur (art. 1749 C.c.Q.).

pécuniaire octroyé au créancier en réparation de la prestation inexécutée, dans le cas d'obligations en nature (art. 1618 C.c.Q.).⁴⁵

En matière d'obligations pécuniaires, le point de départ du calcul consistait, dans le droit antérieur, en la mise en demeure expédiée par le créancier (art. 1077 C.c.B.C.). Le droit nouveau énonce la règle de façon différente : en principe, les intérêts courent à compter de la demeure (art. 1617 al. 2 C.c.Q.).⁴⁶ Quand le débiteur est-il en demeure, aux fins du calcul des intérêts? En principe, c'est à l'expiration du délai accordé dans la mise en demeure extrajudiciaire ou judiciaire (art. 1595 al. 2 et 1596 C.c.Q.). En effet, le débiteur ne profiterait pas entièrement de son droit à une dernière chance si l'on calculait les intérêts dès la mise en demeure et sans tenir compte du délai que le créancier doit y inclure. Le créancier peut néanmoins se prémunir contre un tel délai dans le calcul des intérêts, par une clause qui prévoit que le débiteur est en demeure par la seule arrivée du terme (art. 1594 al. 1 C.c.Q.); l'échéance de la dette constitue alors le point de départ des intérêts.

Dans le cas d'obligations autres que celles portant sur le paiement d'une somme d'argent, la réforme apporte une modification plus importante. Dans le droit antérieur, en cas d'obligation en nature, les intérêts ne couraient qu'à compter de la judiciarisation du litige, c'est-à-dire le moment de l'institution de la demande en justice (art. 1056c et 1078.1⁴⁷ C.c.B.C.). Cette dernière règle méritait d'être revue. En effet, un certain temps pouvait s'écouler avant que la victime soit amenée à intenter un recours en justice. Cette dernière subissait donc les inconvénients d'une demande dont l'introduction avait été reportée et ce, quels qu'aient pu être les motifs l'ayant amenée à retarder sa demande en justice - tentatives de règlement ou autres.⁴⁸ Désormais, les intérêts courent,

45. À ces intérêts s'ajoutent l'indemnité additionnelle (art. 1619 C.c.Q.) et l'intérêt composé (art. 1620 C.c.Q.), le cas échéant.

46. En matière de prêt d'argent, voir la règle particulière de l'article 2330 C.c.Q.

47. Sur les incertitudes relatives au domaine exact de l'article 1078.1 et au rapport entre cette disposition et l'article 1077 C.c.B.C., voir V. Karim, «Les dommages-intérêts moratoires et l'indemnité additionnelle» (1990) 50 R. du B. 1009 à la p. 1027; Tancelin, *Des obligations*, *supra* note 25 au n° 792.1 aux pp. 264-65.

48. Voir Karim, *ibid.* à la p. 1019. Voir aussi *Commentaires du ministre de la Justice*, *supra* note 8 à la p. 1003 (sous l'article 1618 C.c.Q.), qui renvoie aux procédés dilatoires du débiteur qui profiterait de conditions plus avantageuses sur le marché.

comme en matière d'obligations pécuniaires, à compter de la demeure (art. 1618 C.c.Q.) ou encore, nous le verrons plus loin, d'une date postérieure déterminée par le tribunal. Quel est le moment où le débiteur est en demeure, pour les fins du calcul des intérêts? C'est là une question nouvelle qui résulte de la modification apportée quant au point de départ et qui, par conséquent, n'a pas fait l'objet de développements significatifs jusqu'à maintenant.

On affirme couramment que la question de la mise en demeure s'analyse différemment selon qu'il s'agit d'un rapport contractuel ou extracontractuel.⁴⁹ Au préalable, il convient de nuancer une telle affirmation, puisque le créancier contractuel n'est pas toujours tenu de mettre son débiteur en demeure et que le créancier extracontractuel n'en est pas toujours dispensé.⁵⁰ Ainsi, il peut arriver que le créancier d'une obligation contractuelle soit dispensé de mise en demeure, non seulement par une clause à cet effet, mais aussi lorsqu'un cas de demeure par l'effet de la loi trouve application : il peut y avoir eu urgence ou défaut du débiteur de s'exécuter dans un temps utile qu'il a laissé s'écouler (art. 1597 al. 1 C.c.Q.),⁵¹ contravention à une obligation de ne pas faire, exécution en nature rendue impossible par le débiteur⁵² ou encore répudiation par ce dernier (art. 1597 al. 2 C.c.Q.). Quant aux obligations de source extracontractuelle, s'il est vrai que le débiteur est fréquemment dispensé d'en demander le respect, il ne l'est pas dans tous les cas. En effet, il arrive qu'une situation à caractère extracontractuel ne corresponde à aucun des cas prévus par la loi⁵³ : il est erroné

49. Voir notamment *Collin c. Vadenais* (1928) 44 B.R. 89; J.-L. Baudouin, *La responsabilité civile*, 4^e éd., Cowansville, Yvon Blais, 1994 au n° 33 à la p. 19 (ci-après Baudouin, *Responsabilité civile*); *ibid.*, *Les obligations*, *supra* note 7 au n° 737 à la p. 407; P.-A. Crépeau, «Des régimes contractuel et délictuel de responsabilité civile en droit civil canadien» (1962) 22 R. du B. can. 501 à la p. 509; Kouri, *supra* note 7 aux pp. 34-35.

50. Voir Tancelin et Gardner, *supra* note 35 au n° 203 à la p. 565; Tancelin, *Des obligations*, *supra* note 25 au n° 677 à la p. 181.

51. Par exemple, *Vallée c. Roy*, [1978] C.S. 706; *Industries Avicoles de Bedford ltée c. Bédard*, *supra* note 38. Voir aussi *Kurzen c. Meunerie Marcel Bérard ltée* (23 janvier 1989), Québec 200-09-000319-852, J.E. 89-370 (C.A.); *Habitations Desjardins du Centre-ville c. Lamontagne*, *supra* note 26.

52. Il faut toutefois que ce soit effectivement le comportement du débiteur qui ait rendu l'exécution impossible, et non le défaut du créancier de le rappeler à l'ordre alors qu'il en était encore temps. Dans ce dernier cas, le tribunal conclura plutôt au rejet de la demande : *Office du Crédit agricole du Québec c. Adam*, *supra* note 16; *De Montigny c. Jutras*, *supra* note 16.

53. Tancelin, *Des obligations*, *supra* note 25 au n° 677 à la p. 181.

de croire que le devoir général de prudence énoncé à l'article 1457 C.c.Q. constitue nécessairement une obligation de ne pas faire⁵⁴ et, de plus, il arrive que l'exécution en nature de la prestation attendue du débiteur soit encore possible (par exemple, le débiteur qui refuse de permettre l'exercice d'un droit de passage reconnu par la loi).

Mais toute cette question de la nécessité d'une mise en demeure quant au devoir de respecter les obligations contractuelles et légales nous apparaît, en définitive, inutile lorsqu'il s'agit de la question particulière du point de départ des intérêts. En effet, même lorsque le créancier est dispensé de rappeler à son débiteur l'obligation en nature (contractuelle ou extracontractuelle) à laquelle ce dernier est tenu, il n'en est pas moins tenu de mettre son débiteur en demeure de payer l'équivalent.⁵⁵ Selon nous, c'est à l'expiration du délai accordé dans la mise en demeure d'exécuter par l'équivalent que surviendrait la «demeure» à laquelle renvoie 1618 C.c.Q. et que se situerait, en principe, le point de départ des intérêts.

Ceci dit, cette position ne fait pas l'unanimité et, selon certains, c'est plutôt la demeure quant à l'obligation initiale qui est visée à l'article 1618 C.c.Q.; selon cette interprétation, en cas de dispense de mise en demeure quant au respect de cette obligation initiale, les intérêts pourraient courir à compter du fait dommageable.⁵⁶ Si cette dernière interprétation devait prévaloir, il faudrait à tout le moins se résoudre à traiter les deux régimes de responsabilité sur un même pied et analyser la nécessité d'une mise en demeure en fonction des circonstances plutôt que selon la nature contractuelle ou extracontractuelle de l'obligation.

Enfin, soulignons que le législateur a accordé un pouvoir discrétionnaire aux tribunaux afin de permettre le calcul des intérêts à compter d'un moment

54. Il faut en effet se garder d'accorder une trop grande importance à la façon de formuler le devoir qui s'impose au débiteur. Sur le sens d'une «contravention à une obligation de ne pas faire», voir *Pépin c. Diamond*, *supra* note 16.

55. Pineau, Burman et Gaudet, *supra* note 3 au n° 434 à la p. 628.

56. Voir *Commentaires du ministre de la Justice*, *supra* note 8 à la p. 1003 (sous l'art. 1618 C.c.Q.); Baudouin, *Responsabilité civile*, *supra* note 49 au n° 436 à la p. 245.

postérieur (art. 1618 C.c.Q.).⁵⁷ Ce pouvoir discrétionnaire s'explique notamment par le fait qu'une partie des dommages qui sont accordés peuvent avoir pour but d'indemniser la victime pour les aspects prospectifs du préjudice; on cherche alors à éviter un enrichissement indu de la victime qui profiterait d'intérêts produits sur une somme destinée à indemniser un préjudice qu'elle n'a pas encore subi.⁵⁸ La reconnaissance d'un pouvoir discrétionnaire en la matière n'est toutefois pas étrangère au principe de la bonne foi. Ainsi, les *Commentaires du ministre de la Justice* précisent que ce pouvoir s'avère également utile dans le cas d'un débiteur confronté à un demandeur qui trouve un avantage à retarder indûment le déroulement du procès.⁵⁹

B. La demeure dans le cas de malfaçons, la dénonciation en matière de vices cachés et l'exécution en nature par remplacement

Il arrive que le créancier se voie forcé d'effectuer ou - ce qui est plus fréquent - de faire effectuer par un tiers certains travaux occasionnés par un manquement aux obligations de son débiteur, pour ensuite refiler la note des travaux à ce dernier. Ce peut être le cas, par exemple, lorsque le travail de l'entrepreneur révèle des malfaçons ou encore que le bien acheté est affecté de vices cachés. C'est alors que l'exécution en nature par remplacement, dont le principe est codifié à l'article 1602 C.c.Q., peut s'avérer utile.

L'«exécution en nature par remplacement» (ou «exécution en nature par équivalent») est parfois, en jurisprudence, coiffée d'un autre titre. Ainsi, en

57. Pour une application de ce pouvoir discrétionnaire, voir *Parenteau c. Drolet*, [1994] R.J.Q. 689 (C.A.).

Un auteur déplore le fait que le pouvoir discrétionnaire du tribunal ne puisse s'exercer que pour placer le point de départ à un moment *postérieur* à la demeure, alors qu'il aurait jugé souhaitable de pouvoir placer ce point à un moment *antérieur* à la demeure, lorsque la protection des intérêts de la victime créancière le justifie : Tancelin, *Des obligations*, *supra* note 25 au n° 792.3 aux pp. 265-66.

58. *Commentaires du ministre de la Justice*, *supra* note 8 à la p. 1003 (sous l'art. 1618 C.c.Q.).

59. *Commentaires du ministre de la Justice*, *ibid.* à la p. 1003 (sous l'art. 1618 C.c.Q.). On codifie ainsi une tendance déjà observée en jurisprudence dans le droit antérieur, du moins quant à l'indemnité additionnelle : J.-L. Baudouin, *La responsabilité civile délictuelle*, 3^e éd., Cowansville, Yvon Blais, 1990 au n° 330 à la p. 172. Voir aussi Rainville, *supra* note 5 aux pp. 171-75, qui discute notamment des liens entre le comportement du créancier, la notion de bonne foi («legitimacy of conduct») et le devoir de minimiser le préjudice.

matière de vente, on parlera dans certains cas d'action en diminution de prix ou en dommages-intérêts. Il faut toutefois garder à l'esprit que, lorsque le créancier fait exécuter une prestation qui incombe en principe au débiteur pour *ensuite* réclamer les frais encourus à ce dernier, il s'agit essentiellement d'un recours pour exécution en nature et ce, quel que soit le type de contrat ou de prestation concerné. C'est d'ailleurs cet aspect d'exécution immédiate, par une personne autre que le débiteur, qui explique l'importance donnée au droit à la dernière chance dans le cadre de cette sanction, ainsi que la sévérité manifestée à l'endroit du créancier qui court-circuite le processus prévu à l'article 1602 C.c.Q.

Dans le droit antérieur, cette forme d'exécution en nature supposait, en principe, une autorisation préalable du tribunal (art. 1065 C.c.B.C.). La jurisprudence avait toutefois assoupli cette règle et permis au créancier de réclamer au débiteur le prix de travaux déjà effectués, après l'avoir constitué en demeure. Prenant le relais de ce courant jurisprudentiel, le législateur a profité de la réforme pour faire disparaître l'exigence d'une autorisation judiciaire préalable (art. 1602 C.c.Q.).⁶⁰ Ce mode de sanction se déclenche dès lors que le débiteur a manqué de façon injustifiée aux obligations qui lui incombent et qu'il est constitué en demeure. Le tribunal pourra certes être appelé à intervenir, mais ce ne sera qu'*a posteriori*, entre autres pour juger si le créancier a fait la preuve d'une inexécution du débiteur⁶¹ et liquider le coût de l'exécution par remplacement, le cas échéant. On constate dès lors l'importance de déterminer si le créancier est, ou non, tenu de mettre son débiteur en demeure, ainsi que les conséquences rattachées au défaut de donner la mise en demeure requise. De plus, on doit s'interroger sur la portée d'une éventuelle dispense de mise en

60. La nature extrajudiciaire de cette sanction peut être modulée dans certaines circonstances. À titre d'illustration, voir les articles 1867-1869 C.c.Q. en matière de louage. Voir aussi la *Loi sur la protection du consommateur*, *supra* note 8, art. 272(b).

61. En l'absence de preuve d'une inexécution du débiteur, il va de soi qu'un tel recours doit échouer; par exemple, *Leduc c. Noël* (13 mars 1978), Richelieu 765-05-000341-75, J.E. 78-285 (C.S.). Voir aussi *Vachon c. Simoneau*, [1981] C.P. 335. Dans le même sens : Pineau, Burman et Gaudet, *supra* note 3 au n° 438 à la p. 635.
En matière de contrat d'entreprise, il convient de porter une attention particulière à l'acceptation de l'ouvrage par le client-créancier. En effet, l'acceptation de l'ouvrage peut entraîner la forclusion du recours, si l'acceptation couvre les malfaçons (art. 2110 et s. C.c.Q.). À ce sujet, voir notamment *Blenda Construction c. Gouveia*, [1981] C.S. 272.

demeure en faveur du créancier dans l'application de cette sanction extrajudiciaire.

Le second alinéa de l'article 1602 C.c.Q. précise que le créancier doit aviser le débiteur de son intention de se prévaloir de cette sanction. Non seulement le débiteur doit-il être informé de ce qui lui est reproché - ce qui est le propre de toute mise en demeure - mais encore doit-il connaître la sanction à laquelle il s'expose à défaut de s'exécuter. Cette disposition se situe tout à fait dans l'axe des articles 1375 et 1434 C.c.Q. en matière de bonne foi et d'équité.

En ce qui concerne le recours du vendeur pour vices cachés, la jurisprudence était déjà bien fixée dans le droit antérieur quant à la nécessité de donner une chance au vendeur avant de faire corriger le vice qui affecte le bien vendu : l'acquéreur devait laisser la possibilité à son vendeur d'exécuter sa prestation avant d'y remédier, habituellement par l'intermédiaire d'un tiers.⁶² L'article 1739 C.c.Q. vient codifier ce courant jurisprudentiel.⁶³ Le régime de la dénonciation est essentiellement calqué sur celui applicable en matière de mise en demeure. C'est donc dire que l'acquéreur pourra en être dispensé dans certaines circonstances, notamment en cas d'urgence et de répudiation par le vendeur (art. 1597 C.c.Q.).⁶⁴ Une partie pourra-t-elle se dispenser de dénoncer par une clause contractuelle en ce sens? On pourrait le croire si l'on s'inspire des articles 1594 et 1602 C.c.Q.⁶⁵ Quant à la mise en demeure judiciaire (art. 1596 C.c.Q.), elle pourrait valoir dénonciation au sens de l'article 1739 C.c.Q.;

62. Notamment *Carré c. Noël*, [1959] B.R. 544; *Caron c. Centre Routier inc.*, *supra* note 41; *Quintas c. Gravel*, *supra* note 41; *149620 Canada ltée c. Wylie* (29 juillet 1991), Hull, 550-05-000309-883, J.E. 91-1523 (C.S.); *Tremblay c. Dallaire* (7 mai 1996), Chicoutimi, 150-02-000412-949, J.E. 96-1815 (C.Q.).

Sur la situation particulière du vendeur contre le propriétaire antérieur, voir *Audet c. Larochelle*, [1994] R.D.I. 177 (C.A.); comparer *St-Pierre c. Blier*, [1990] R.D.I. 305 (C.Q.).

63. Pour une application de l'article 1739 C.c.Q., voir notamment *Girard c. Simard*, [1995] R.D.I. 281 (C.Q.); *Guardian du Canada c. Construction Brennan inc.*, *supra* note 34.

64. *Felvic inc. c. A & A Démolition (Québec) ltée*, *supra* note 26; *Quintas c. Gravel*, *supra* note 41; *Caron c. Centre Routier inc.*, *supra* note 41 à la p. 84 (C.A.); *Caron c. Placements Jean Malo ltée*, [1990] R.D.I. 40 (C.S.); *Coderre c. Ouellette* (19 août 1981), Terrebonne 700-02-002737-808, J.E. 81-920 (C.P.); *Lupien-Pothier c. 1857-2123 Québec inc.* (1^{er} décembre 1995), Terrebonne 715-32-000029-955, J.E. 96-187 (C.Q.).

65. En ce sens, voir *Caron c. Centre Routier inc.*, *supra* note 41 à la p. 77.

toutefois, comme pour la dénonciation extrajudiciaire, il importe alors que le rappel à l'ordre par le créancier précède l'exécution des travaux.⁶⁶

De la même façon, en matière de malfaçons, le créancier intéressé à se prévaloir de l'exécution en nature par remplacement doit s'assurer au préalable de mettre son débiteur en demeure, ou encore d'en être dispensé par la loi, par le contrat ou en raison d'un motif reconnu par la jurisprudence. La question est d'autant plus pertinente que les autorités ont, pendant un certain temps, soutenu que le créancier victime de malfaçons était systématiquement dispensé de mettre son débiteur en demeure.⁶⁷ Or, cette position traditionnelle a fait l'objet d'une remise en question, non seulement dans *Gareau c. Habitations Beaupré inc.*,⁶⁸ mais aussi dans de nombreuses autres décisions qui vont dans le même sens⁶⁹ : la mauvaise exécution constitue une forme d'inexécution et, en tant que tel, elle est assujettie aux mêmes règles en ce qui a trait à la nécessité d'une mise en demeure. Cette évolution cadre parfaitement avec l'affirmation du principe selon lequel le débiteur a droit à un rappel, sauf dans les cas où le créancier peut démontrer qu'il en est dispensé. Or, si l'on cherche à qualifier le comportement du débiteur coupable de malfaçons en fonction des cas de dispense prévus par la loi, il est peu probable que le débiteur ait manqué à une obligation de ne pas

66. *Quintas c. Gravel*, *supra* note 41.

67. Voir notamment *Vermette c. Parent* (1911) 20 B.R. 156; *Duelz c. Kajandi*, [1960] C.S. 89. Sur le fondement de cette position, lire Kouri, *supra* note 7 aux pp. 41-43. Voir aussi Baudouin, *Obligations*, 4^e éd. au n° 740 à la p. 409.

68. *Gareau c. Habitations Beaupré inc.*, *supra* note 17.

69. *Voyageurs Marine Co. c. Q-Plast*, *supra* note 35; *Leduc c. Noël*, *supra* note 61; *Blanchette c. Bonavista Construction Co.* (22 novembre 1978), Montréal, 500-05-003004-78, J.E. 79-9 (C.S.), désistement d'appel, 23 mars 1979, C.A.M. 500-09-001569-789; *Fierimonte c. Télé-Métropole inc.*, [1982] C.S. 814; 2528-7236 *Québec inc. c. Audet* (28 janvier 1992), Montréal 500-05-015056-896, J.E. 92-468 (C.S.); *Rufiange c. Roma Poirier inc.*, [1979] C.P. 247; *Rivers c. Pacha Construction inc.*, [1979] C.P. 300; *Conversions G. Perreault inc. c. I.M.C. International Machinery Consultants Inc.* (11 juin 1991), Kamouraska 250-02-000398-880, J.E. 91-1128 (C.Q.); *Maçonnerie Laprairie inc. c. Lemieux*, *supra* note 15; *Twardy c. Puisatiers J.C.M. inc.* (31 mars 1995), Abitibi 615-32-000025-955, J.E. 95-943 (C.Q.); *Lupien-Pothier c. 1857-2123 Québec inc.*, *supra* note 64. Voir aussi *Raymond Caron inc. c. Chabot*, [1980] C.S. 1108; *Vachon c. Simoneau*, *supra* note 61; *Riendeau c. Cyr* (21 juin 1983), Montréal 500-02-040733-821, J.E. 83-774 (C.P.). *Contra* : *Sylvain c. Carrosseries d'automobiles Guy inc.*, [1981] C.P. 333; *Fédération (La), compagnie d'assurances du Canada c. Dupuis* (19 septembre 1994), Montréal 500-05-000102-903, J.E. 94-1700 (C.S.), désistement d'appel, 22 décembre 1994, C.A.M. 500-09-001592-948. Voir aussi, *contra*, *Ilias c. Touliopoulos*, [1992] R.D.I. 384 (C.Q.).

faire ou qu'il ait rendu l'exécution en nature impossible.⁷⁰ D'autres motifs pourront, au contraire, s'avérer utiles en pareilles circonstances : le débiteur manifeste clairement son intention de ne pas s'exécuter (notamment en niant l'existence de malfaçons qui lui soient attribuables ou en refusant de donner suite à des commentaires formulés par le client quant à la mauvaise exécution des travaux),⁷¹ le créancier était confronté à une situation d'urgence qu'il a dû pallier,⁷² l'exécution ne pouvait être exécutée que dans un temps utile que le débiteur a laissé s'écouler.⁷³ Le créancier peut, dans certaines circonstances, se prévaloir d'une dispense de mise en demeure par les termes du contrat, du moins si cette clause est libellée de telle façon qu'elle couvre non seulement les cas de retard mais également ceux de mauvaise exécution (art. 1594 al. 1 C.c.Q.).⁷⁴ S'ajoute enfin la possibilité, quoique limitée, d'invoquer des motifs de dispense de mise en demeure qui ne sont prévus ni par la loi, ni par le contrat.⁷⁵ Les cas de dispense de mise en demeure existent donc et ils sont nombreux; la dispense de mise en demeure n'est simplement plus systématique. On peut se réjouir de l'évolution de la jurisprudence en la matière, qui s'harmonise fort bien avec la nature extrajudiciaire de l'exécution en nature par remplacement, une sanction couramment utilisée en cas de malfaçons. Cette évolution s'inscrit sans aucun doute dans le sens d'une promotion de la bonne foi dans l'exécution de

70. De fait, l'exécution en nature doit être possible, puisque c'est ce que le créancier tente d'obtenir par l'intermédiaire d'un tiers. Il peut néanmoins arriver que l'exécution en nature soit toujours possible mais que le débiteur se soit placé dans l'impossibilité de l'effectuer lui-même.

71. *Perreault c. Produits Replico inc.* (8 août 1994), Laval 540-02-000819-921, J.E. 94-1865 (C.Q.). Voir aussi *Riendeau c. Cyr*, *supra* note 69. Sur les applications possibles de ce cas de dispense de mise en demeure, voir également les décisions citées *supra* au sujet des vices cachés.

72. Voir *supra*, pour la jurisprudence relative à ce cas de dispense de mise en demeure appliquée en matière de vices cachés.

73. Il faut toutefois noter que, dans cette dernière hypothèse, l'intervention d'un tiers sera exceptionnelle et surviendra nécessairement *in extremis*. Dans la plupart des cas, l'écoulement de la période d'exécution utile entraînera tout simplement l'impossibilité d'exécuter en nature et l'exécution par l'équivalent constituera alors le seul recours ouvert au créancier.

74. Voir ci-dessus, partie I.B.2.

75. Voir ci-dessus, partie I.B.3. Voir notamment les commentaires formulés au sujet de l'incompétence généralisée du débiteur, qui constitue un sujet de première importance dans le contexte de l'exécution en nature par remplacement.

l'obligation, en évitant de laisser le débiteur à la merci d'un créancier trop entreprenant.

La jurisprudence fait clairement ressortir l'idée de protection des intérêts du débiteur de bonne foi dans l'application du principe de la mise en demeure préalable à l'exécution des travaux par le tiers. Dans *Caron c. Centre Routier inc.*, un arrêt de principe rendu dans le contexte de travaux destinés à corriger un vice caché, mais qui s'applique tout aussi bien en matière de malfaçons, le juge Malouf explique :

«[L]orsqu'on dit que l'acheteur doit non seulement aviser le vendeur de l'existence d'un vice caché mais lui donner l'opportunité de vérifier si un tel vice existe, c'est pour donner au vendeur l'opportunité de prendre les mesures nécessaires pour rectifier la situation, le cas échéant. En d'autres termes, l'acheteur qui découvre que la chose est affectée d'un vice caché doit mettre son vendeur en demeure de remédier à la situation avant de faire quelque réparation que ce soit. Décider autrement ouvrirait la porte à de véritables abus.»

Le juge fait alors appel à l'exemple de l'acheteur d'un bien usagé qui ferait réparer ou améliorer la chose pour ensuite en réclamer le coût au vendeur :

«Dans un tel cas, le vendeur n'aurait que bien peu de moyens pour contester la nécessité des travaux et n'aurait plus l'opportunité d'effectuer les travaux à un coût moindre». ⁷⁶

Dans ce contexte, l'interpellation judiciaire ne peut constituer une mise en demeure adéquate. Comme le souligne le juge LeBel de la Cour d'appel, dans l'arrêt *Quintas c. Gravel* :

«[L]e créancier avait déjà [au moment de l'interpellation judiciaire] procédé à la réparation et ôté toute possibilité au débiteur de vérifier l'existence, l'étendue et le coût de réparation de ces défauts, ainsi que

76. *Caron c. Centre Routier inc.*, supra note 41 à la p. 82. Dans le même sens : 2528-7236 *Québec inc. c. Audet*, supra note 69; *Twardy c. Puisatiers J.C.M. inc.*, supra note 69. Voir aussi *Assurance Royale du Canada c. Société Navistar international du Canada*, [1996] R.R.A 597 (C.A.).

celle d'exécuter son obligation lui-même ou par autrui, le cas échéant». ⁷⁷

Si l'on suit le raisonnement exposé par le juge Nichols dans l'affaire *Gareau c. Habitations Beaupré inc.*,⁷⁸ l'idée de protection des intérêts du débiteur de bonne foi justifie d'imposer une mise en demeure au débiteur d'exécuter les travaux, même si ces travaux n'ont pas encore été effectués au moment de l'instance ou que le créancier préfère s'en tenir à des dommages-intérêts. Par une mise en demeure extrajudiciaire ou, à défaut, dans les conclusions de sa demande en justice, le créancier doit offrir au débiteur la chance de corriger son exécution,⁷⁹ plutôt que de se contenter de lui annoncer qu'il entend lui faire supporter le coût de travaux à venir ou encore la valeur d'inconvénients liés à des travaux que le créancier choisirait de ne pas faire reprendre. Cette position est certes plus audacieuse que celle applicable dans le cas de travaux déjà corrigés au moment de l'instance. En effet, lorsque les travaux n'ont pas encore fait l'objet de correction par un tiers, le débiteur est habituellement en mesure de constater son inexécution et l'étendue de celle-ci, le cas échéant. Sous cet angle, la nécessité d'accorder au débiteur une dernière chance de s'exécuter peut être perçue comme une limite importante posée au droit du créancier de choisir son recours que lui reconnaît l'article 1590 C.c.Q. : en obligeant le créancier à offrir à son débiteur de reprendre son exécution, on lui impose du même coup l'exécution en nature au détriment d'une exécution par l'équivalent. La liberté du créancier de choisir son recours ne pourrait donc être pleinement exercée qu'une fois son débiteur en demeure.⁸⁰ Toutefois, s'agissant de l'affaire *Gareau*, nous avons mentionné plus tôt que le principe de la mise en demeure aurait dû, dans les faits, être écarté compte tenu de la connaissance qu'avait le débiteur de l'insatisfaction de ses créanciers et du fait qu'il niait en grande partie les malfaçons qui lui étaient reprochées.⁸¹

77. *Quintas c. Gravel*, *supra* note 41 à la p. 386. Voir aussi *Conversions G. Perreault inc. c. I.M.C. International Machinery Consultants Inc.*, *supra* note 69.

78. *Supra* note 17.

79. *Ibid.* à la p. 442. Dans le même sens : 2528-7236 *Québec inc. c. Audet*, *supra* note 69; *Daigle c. Bélanger*, [1996] R.R.A. 880 (C.Q.). Voir aussi *Mailloux c. Mailloux*, [1981] R.P. 293 (C.A.). Voir aussi, *contra*, *Ranger c. Daigle* (5 août 1994), Bedford 455-05-000016-894, J.E. 94-1423 (C.S.); *Faucher c. Ringuette*, [1994] R.D.I. 450 (C.S.).

80. Pineau, Burman et Gaudet, *supra* note 3 au n° 433 à la p. 627.

81. Voir ci-dessus, partie I.B.3.

Qu'advient-il si le créancier présente une réclamation pour le coût d'exécution des travaux sans avoir offert au débiteur la chance de s'exécuter alors qu'il y était tenu? Une réponse intuitive consisterait à limiter la réclamation au coût que ces travaux auraient engendré pour le débiteur, si ce dernier avait été invité à s'exécuter en temps utile par le créancier. Le contrôle s'exercerait alors sur l'étendue de la réparation. Pourtant, les tribunaux ont adopté une position beaucoup plus sévère à l'endroit du créancier qui faillit à son devoir d'offrir une dernière chance à son débiteur, en opposant une fin de non-recevoir à toute réclamation pour les travaux effectués par un tiers.⁸² Le débiteur de bonne foi bénéficie alors, indirectement, de la sévérité des tribunaux à l'endroit du créancier : il ne sera pas tenu de payer pour les travaux du tiers, même lorsque la situation corrigée par le tiers lui était imputable et qu'il aurait, en temps normal, dû encourir certains frais pour corriger sa prestation. Il ne faut pas oublier que le créancier insatisfait doit, quant à lui, exécuter en entier son obligation au paiement du prix envers son cocontractant. On peut se demander si les tribunaux ne sont pas allés un peu trop loin dans la promotion de la bonne foi et entraîné ainsi un enrichissement injustifié du débiteur au détriment du créancier. Peut-être serait-il plus opportun de distinguer selon que l'absence de mise en demeure a privé le débiteur de la chance de constater son inexécution et d'en mesurer l'étendue (ce qui justifierait une fin de non recevoir), ou encore qu'il a simplement perdu la chance de réparer à coût moindre une inexécution indiscutable et facilement mesurable *a posteriori* (où la réclamation serait simplement réduite).⁸³

82. Caron c. Centre Routier inc., *supra* note 41; Quintas c. Gravel, *supra* note 41; Leduc c. Noël, *supra* note 61; Blanchette c. Bonavista Construction Co., *supra* note 69; Fierimonte c. Télé-Métropole inc., *supra* note 69; Rufiange c. Roma Poirier inc., *supra* note 69; Vachon c. Simoneau, *supra* note 61; Rivest c. Pacha Construction inc., *supra* note 69; Conversions G. Perreault inc. c. I.M.C. International Machinery Consultants Inc., *supra* note 69; Maçonnerie Laprairie inc. c. Lemieux, *supra* note 15; Twardy c. Puisatiers J.M.C. inc., *supra* note 69; Tremblay c. Dallaire, *supra* note 62. Voir aussi Raymond Caron inc. c. Chabot, *supra* note 69; Girard c. Simard, [1995] R.D.I. 281 (C.Q.); Lupien-Pothier c. 1857-2123 Québec inc., *supra* note 64. *Contra*, 2528-7236 Québec inc. c. Audet, *supra* note 69. Voir aussi, *contra*, Coderre c. Ouellette, *supra* note 64. Pineau, Burman et Gaudet, *supra* note 3 au n° 438 à la p. 635.

83. Cette distinction serait d'autant plus pertinente lorsque le créancier n'a pas encore fait procéder aux travaux, comme c'était le cas dans l'affaire Gareau c. Habitations Beaupré inc., *supra* note 17.

La sanction mise à la disposition du créancier par l'article 1602 C.c.Q. présente un caractère particulièrement expéditif lorsque la mise en demeure préalable est écartée. En outre, il faut garder à l'esprit qu'une fois les travaux complétés par le créancier ou par le tiers, il s'avérera difficile sinon impossible pour le débiteur de faire une preuve d'exécution conforme à ses obligations. Le créancier doit donc agir conformément au principe général de la bonne foi. Ceci supposerait par exemple que le créancier permette au débiteur de bonne foi de constater le défaut d'exécution reproché et de se constituer une preuve, avant de faire reprendre les travaux par un tiers. On peut suggérer qu'il en soit ainsi dans certaines circonstances, alors même que le créancier serait dispensé de lui donner une dernière chance de s'exécuter par l'effet de la loi (sauf, bien entendu, en cas d'urgence), par les termes du contrat ou dans l'un des cas résiduels de dispense admis en jurisprudence. Dans le cas contraire, le débiteur pourrait être justifié d'opposer une fin de non-recevoir à la réclamation présentée sur le fondement de l'article 1602 C.c.Q. par le créancier, si le contexte le justifie.⁸⁴ Il faut toutefois souligner le caractère exceptionnel d'une telle démarche : il ne s'agit pas de réintroduire un délai d'exécution alors que la dispense de mise en demeure exclut un tel délai, mais uniquement de contrôler les situations où l'exercice des droits du créancier peut s'avérer abusif (art. 6, 7 et 1375 C.c.Q.).

En matière d'exécution en nature par remplacement, la jurisprudence fait preuve d'une sensibilité notable à l'égard des intérêts du débiteur de bonne foi confronté à un créancier déterminé à se faire justice. Si cette tendance s'avère généralement positive, il n'en faut pas moins souligner les excès auxquels elle peut conduire. Afin d'éviter que le créancier soit sacrifié sur l'autel de la protection des intérêts du débiteur, il convient donc de réévaluer les cas de dispense de mise en demeure - lorsqu'aucun cas légal ou conventionnel ne trouve application - ainsi que la sanction appropriée lorsque le débiteur n'a pas été invité à s'exécuter comme il devait l'être. D'ici là, la protection des intérêts du créancier passera plutôt par la prévention, c'est-à-dire l'information des entrepreneurs et particuliers confrontés à l'inexécution de leur cocontractant et qui pourraient apprendre, à leurs dépens, que la solution la plus efficace dans

84. Sur la fin de non-recevoir et son application possible sans nécessité d'un support législatif spécifique, voir *Banque Nationale du Canada c. Soucisse*, [1981] 2 R.C.S. 339 aux pp. 359-63.

l'immédiat peut aussi s'avérer la plus coûteuse s'ils font défaut de respecter des exigences légales dont ils ignorent souvent l'existence.⁸⁵

C. La demeure dans l'inexécution substantielle du contrat et la résolution ou résiliation par le seul effet de la loi

Parmi les sanctions en matière d'inexécution contractuelle, la résolution (art. 1604 C.c.Q.) - à laquelle il convient d'assimiler ici la résiliation⁸⁶ - se démarque par ses effets radicaux : elle constitue la peine capitale, la sanction ultime. Ceci rend d'autant plus délicate la conciliation des intérêts légitimes des parties en présence - ceux du créancier insatisfait d'une inexécution qu'il juge importante, et ceux du débiteur qui risque à la fois la perte des bénéfices qui découlent du contrat dont on lui reproche l'inexécution et une condamnation à des dommages-intérêts.

Le droit offre une protection particulière au créancier insatisfait désireux de se délier d'un contrat dont il déplore l'inexécution et qui cherche à éviter les délais inhérents à un recours en justice : la résolution sans poursuite judiciaire - également appelée résolution «de plein droit» ou «extrajudiciaire». Dans le cadre d'une telle sanction, le rôle du tribunal se borne à identifier les conditions

85. Pour un exemple d'information juridique destinée au grand public en rapport avec les arrêts *Quintas* et *Caron*, voir J.H. Gagnon, «Vices cachés : l'acheteur doit mettre le vendeur en demeure de réparer» *Les Affaires* (25 mars 1995) 34; *idem*, «L'absence de mise en demeure au vendeur fait perdre à l'acheteur son recours pour vices cachés» *Les Affaires* (12 mai 1990) 30.

86. Il convient de préciser que l'on renvoie ici à la résolution ou résiliation à titre de sanction de l'inexécution des obligations du débiteur. Il ne saurait s'agir de la faculté de résolution ou de résiliation unilatérale offerte au créancier dans le cadre de certains contrats, faculté qui peut s'exercer sans avoir à faire la preuve d'une quelconque inexécution du débiteur tout en supposant parfois l'accomplissement de formalités préalables tel un préavis. Par exemple, art. 2125-2129 (contrat d'entreprise), 2175-2176 et 2178-2179 (mandat), 2091 (contrat de travail), 2228 et 2260 (contrat de société), 2362 (cautionnement), 2477-2479 (contrat d'assurance) C.c.Q.; *Loi sur la protection du consommateur*, *supra* note 6, art. 59, 73, 193-195, 202-203, 209. En cas d'inexécution injustifiée du débiteur, l'exercice de cette faculté peut être facilité; par exemple, art. 2094 C.c.Q. Au sujet de l'exercice de la faculté de résolution ou de résiliation unilatérale, voir notamment Baudouin, *Obligations*, *supra* note 7 au n° 421 à la p. 242; *Fierimonte c. Télé-Métropole inc.*, *supra* note 69. Voir aussi Tancelin et Gardner, *supra* note 35 au n° 56 à la p. 180; M. Tancelin, *Sources des obligations*, vol. 1, Montréal, Wilson et Lafleur, 1993 au n° 263 aux pp. 175-76.

d'application de la résolution, à reconnaître que celle-ci est déjà survenue et à prononcer d'autres types de sanctions requises dans les circonstances - par exemple, l'octroi de dommages-intérêts en faveur du créancier victime de l'inexécution (art. 1590 al. 2 et 1458 C.c.Q.) et la restitution des prestations (art. 1606 et 1699 et s. C.c.Q.).⁸⁷

L'idée de permettre au créancier insatisfait de se prévaloir de la résolution sans poursuite judiciaire préalable n'est pas nouvelle. Depuis longtemps, les tribunaux reconnaissent la faculté des parties de conclure un pacte commissaire, c'est-à-dire une clause résolutoire en vertu de laquelle la résolution intervient, sans poursuite judiciaire, en raison de l'inexécution de l'une des parties.⁸⁸ La résolution extrajudiciaire pouvait également survenir par le seul effet de la loi, indépendamment de toute clause résolutoire. Ainsi, le Code de 1866 prévoyait déjà certains cas de résolution par le seul effet de la loi, notamment en matière de vente mobilière.⁸⁹ Il est même arrivé que les tribunaux reconnaissent, en l'absence de tout support législatif spécifique, la faculté d'une partie de considérer le contrat comme résolu de plein droit pour inexécution substantielle de son cocontractant en se fondant sur des principes généraux du droit des obligations, notamment celui de la bonne foi dans l'exécution du contrat.⁹⁰ Nous limiterons ici notre propos à la résolution

87. Par exemple, *Brassard c. Desbiens* (13 mars 1995), Chicoutimi 165-32-000371-942, J.E. 95-776 (C.Q.).

88. L'adoption du principe de l'article 1605 C.c.Q. amène à s'interroger sur le sort de la clause résolutoire. En effet, le principe énoncé à cet article rend une telle clause inutile ou, à tout le moins, en réduit grandement l'utilité : voir Pineau, *supra* note 20 au n° 157 à la p. 159; Pineau, Burman et Gaudet, *supra* note 3 au n° 410 à la p. 597. Si la clause résolutoire a toujours sa place, d'autres questions devront également être abordées. Par exemple, il faudra déterminer si le débiteur doit être constitué en demeure pour se prévaloir de cette clause, par analogie avec la condition posée par l'article 1605 C.c.Q. Le professeur Pineau, *ibid.*, semble de cet avis. Par ailleurs, on peut se demander s'il sera possible d'invoquer une telle clause dans des situations où la loi fait obstacle, expressément ou implicitement, à la résolution par le seul effet de la loi. Ces différentes questions méritent, par leur importance et leur complexité, un traitement distinct.

89. Art. 1544 C.c.B.C. Voir aussi art. 1661.2, 1998-2000, 2523, 2559 C.c.B.C.

90. Pineau, Burman et Gaudet, *supra* note 3 au n° 410 aux pp. 597-98; Rosensweig, *supra* note 26 aux pp. 18-39. Sur le cas particulier de l'abandon des lieux par le locataire, reconnu d'abord par la jurisprudence puis par le Code civil, voir P.-G. Jobin, *Le louage*, 2^e éd., Cowansville, Yvon Blais, 1996 aux n°s 191-193 aux pp. 470-478 et autorités citées.

extrajudiciaire par le seul effet de la loi, dont le principe général est désormais codifié à l'article 1605 C.c.Q. :

«La résolution ou la résiliation du contrat peut avoir lieu sans poursuite judiciaire lorsque le débiteur est en demeure de plein droit d'exécuter son obligation ou qu'il ne l'a pas exécutée dans le délai fixé par la mise en demeure».

L'article 1605 C.c.Q. ne constitue donc pas une sanction entièrement nouvelle dans notre droit. L'apport de cette disposition réside plutôt dans l'élargissement du domaine de la résolution extrajudiciaire.⁹¹ Quels sont les motifs qui ont amené le législateur dans cette direction? Le désengorgement des tribunaux, nous l'avons mentionné précédemment,⁹² ne saurait être perçu comme le facteur déterminant puisque les parties devront souvent, même en cas de sanction extrajudiciaire, se présenter devant le tribunal pour faire reconnaître les conditions d'application de cette sanction ou pour faire juger de demandes accessoires tel l'octroi de dommages-intérêts ou la restitution des prestations. En définitive, l'élément central réside dans la protection des intérêts du créancier de bonne foi qui se voit privé de l'exécution de son cocontractant et qui doit attendre une période, parfois très longue, avant d'obtenir la dissolution du lien contractuel. Sa libération immédiate lui offre la possibilité, du moins en théorie, d'aller de l'avant avec d'autres projets. Par exemple, dans le cas d'une promesse de vente immobilière, le promettant-vendeur victime de l'inexécution du promettant-acheteur pourrait vendre le bien à un tiers sans avoir à attendre un jugement qui le délie de sa promesse.

La demeure joue un rôle central dans la résolution par le seul effet de la loi : dans le contexte de l'article 1605 C.c.Q.,⁹³ l'arrivée de la demeure, combinée à l'inexécution substantielle du débiteur, marque la rupture du lien contractuel. Dans ce contexte, la mise en demeure et les cas de dispense

91. Selon certains, il faudrait toutefois se garder de conclure que la résolution judiciaire soit du même coup devenue l'exception : Pineau, Burman et Gaudet, *supra* note 3 au n° 409 à la p. 596.

92. Voir *supra* note 43.

93. Pour des cas particuliers de résolution sans poursuite judiciaire, voir notamment art. 1736, 1740 et 1741 C.c.Q. (vente mobilière); art. 1848 C.c.Q. (crédit-bail); 1914, 1916 et 1975 C.c.Q. (louage résidentiel).

apparaissent comme des mécanismes régulateurs dans l'application de la résolution par le seul effet de la loi. Le jeu entre le principe et l'exception tend vers un équilibre entre les droits légitimes des deux parties en présence : le principe de l'imposition d'une mise en demeure (accompagnée d'un délai d'exécution) sert d'appui au débiteur de bonne foi disposé à s'exécuter. Par contre, lorsque les agissements du débiteur laissent voir une absence de bonne foi (en cas de répudiation ou de refus répété de s'exécuter), ou encore que les circonstances de l'inexécution rendent le rappel à l'ordre à toutes fins pratiques inutile (urgence, exécution dans un temps utile que le débiteur a laissé s'écouler, exécution en nature rendue impossible par la faute du débiteur), le créancier est dispensé de la mise en demeure (art. 1597 C.c.Q.). Peut-il également invoquer une dispense conventionnelle de mise en demeure, indépendamment du comportement du débiteur ou des circonstances de l'inexécution? L'article 1605 C.c.Q.⁹⁴ ne vise pas nommément la dispense par les termes du contrat, puisqu'elle mentionne simplement la demeure «de plein droit». Différentes possibilités peuvent être envisagées à cet égard. On pourrait d'abord soutenir qu'il s'agit là d'un oubli, puisque la dispense conventionnelle est reconnue en matière d'exécution en nature par remplacement (art. 1602 C.c.Q.). Le législateur a peut-être aussi, à tort, considéré que la mention de ce cas de dispense était inutile en confondant la demeure par les termes du contrat et la clause résolutoire. Une autre interprétation possible voudrait que l'expression «demeure de plein droit» englobe à la fois la demeure par le seul effet de la loi et celle par les termes du contrat.⁹⁵ Selon l'une ou l'autre de ces interprétations, le créancier pourrait se prévaloir de la résolution extrajudiciaire sans mise en demeure préalable, sur le fondement d'une dispense conventionnelle. Par contre, il est plausible que le législateur ait vu une distinction entre la demeure par le seul effet de la loi et la dispense conventionnelle de demeure,⁹⁶ et qu'il ait cherché à limiter l'effet de la liberté contractuelle compte tenu de la gravité particulière de cette sanction. Dans l'arrêt *Houle*, la Cour suprême adoptait d'ailleurs une approche pour le moins prudente à l'égard des clauses par

94. Voir aussi art. 1736, 1740, 1741, 1848 C.c.Q.

95. Voir Rosensweig, *supra* note 26 aux pp. 43-44. Comparer l'article 1602 C.c.Q., où l'on renvoie à la demeure «de plein droit ou par les termes mêmes du contrat». Une partie de la doctrine s'oppose à une telle assimilation : Tancelin, *Des obligations*, *supra* note 25 au n° 676 à la p. 180; Pineau, Burman et Gaudet, *supra* note 3 au n° 434 à la p. 629.

96. Comparer Rainville, *supra* note 5 aux pp. 160-63 et 167.

lesquelles le créancier se permet d'agir sans avis préalable.⁹⁷ Cette dernière interprétation nous semble plus en accord avec la promotion de la bonne foi dans l'exécution de l'obligation et le principe du droit à une dernière chance pour le débiteur. De la même façon, compte tenu de l'importance de la sanction exposée à l'article 1605 C.c.Q., il faudrait écarter ou, à tout le moins, interpréter de façon très restrictive les cas de dispense qui ne sont pas reconnus comme tel par la loi mais que la jurisprudence accepte dans d'autres contextes.⁹⁸

Malgré le rôle indéniable de la mise en demeure en matière de résolution extrajudiciaire, on doit néanmoins s'interroger sur les limites de ce processus régulateur. Si la protection des intérêts du créancier semble relativement bien assurée par les cas de dispense de mise en demeure, il est loin d'être certain que le processus s'avère aussi efficace quant aux intérêts du débiteur de bonne foi disposé à s'exécuter. Le principe de mise en demeure, à lui seul, ne peut suffire à assurer la protection des intérêts du débiteur de bonne foi confronté à un créancier désireux de se faire justice. Dans cette optique, l'intervention *a posteriori* du tribunal s'avère essentielle.⁹⁹ Il convient donc de rechercher dans quelle mesure le principe de la bonne foi dans l'exécution de l'obligation - lequel s'exprime non seulement par le principe de la mise en demeure mais également par de nombreuses autres règles relatives à la mise en oeuvre du droit à l'exécution de l'obligation - permet de compléter le régime de protection accordé au débiteur. Pour ce faire, il convient de distinguer différentes hypothèses.

Le cas le plus simple est celui où le créancier ne peut se prévaloir de la résolution, quelle qu'en soit la forme. Différents motifs, inspirés plus ou moins directement par le principe de la bonne foi, peuvent faire obstacle à la résolution du contrat. Bien entendu, il en va ainsi lorsque le créancier ne peut faire la preuve d'une inexécution du débiteur, lequel a offert une prestation correcte,

97. *Supra* note 9 à la p. 176.

98. Voir ci-dessus, partie I.B.3. Il faut néanmoins rappeler que certains de ces cas peuvent, à l'occasion, être considérés comme des extensions de cas prévus par la loi, notamment celui de la répudiation (art. 1597 al. 2 C.c.Q.).

99. Pineau, Burman et Gaudet, *supra* note 3 au n° 410 à la p. 599; Tancelin et Gardner, *supra* note 35 au n° 56 aux pp. 179-80.

intégrale et ponctuelle comme l'exige la loi (art. 1590 al. 1 C.c.Q.).¹⁰⁰ Il peut également s'agir du débiteur qui n'a pas offert la prestation attendue mais dont l'inexécution présente une justification. Par exemple, l'inexécution du débiteur est attribuable à une force majeure ou cause étrangère assimilable (art. 1470 C.c.Q.), ce qui inclut notamment la faute du créancier.¹⁰¹ Une autre justification qui rend la résolution indisponible réside dans un mécanisme de première importance dans la promotion de la bonne foi en matière de mise en oeuvre du droit à l'exécution de l'obligation, soit l'exception d'inexécution (art. 1591 C.c.Q.).¹⁰² Même en cas d'inexécution injustifiée du débiteur, le créancier peut être empêché de bénéficier de la résolution. En effet, l'inexécution du débiteur doit également, pour permettre une sanction aussi radicale, s'avérer substantielle. Le créancier ne peut s'en prévaloir en cas d'inexécution de peu d'importance, à moins que, s'agissant d'une obligation à exécution successive, elle ne soit assimilée à une inexécution substantielle en raison de son caractère répétitif (art. 1604 al. 2 C.c.Q.). L'idée de bonne foi est sous-jacente à la nécessité de démontrer une inexécution substantielle : un créancier ne saurait obtenir l'anéantissement du contrat en se servant d'une inexécution de peu d'importance, puisque celle-ci constituerait alors un simple prétexte pour mettre fin à un contrat qui a, en grande partie, été respecté par le débiteur.¹⁰³ Cette règle revêt d'ailleurs une importance telle que le législateur en a reconnu explicitement le caractère d'ordre public (art. 1604 al. 2 C.c.Q.). Dans chacune de ces hypothèses, le créancier ne pourra invoquer l'article 1605 C.c.Q. pour

100. Voir *Centre régional de récupération C.S. inc. c. Service d'enlèvement de rebuts Laidlaw (Canada) ltée* (17 juillet 1995), Québec 200-05-001825-954, J.E. 95-1620 (C.S.); 2435-8855 *Québec inc. c. Salon de quilles (Ville Lemoyne) 300 inc.* (29 mars 1996), Longueuil, 505-05-001613-964, J.E. 96-1357 (C.S.), règlement hors cour, 30 juillet 1996, C.A.M. 500-09-002723-963.

101. *Placements Serge Brabant inc. c. 2751-8778 Québec inc.* (19 juin 1995), Bedford 460-05-000116-959, J.E. 95-1621 (C.S.).

102. Dans l'arrêt *Place Fleur de lys c. Tag's Kiosque Inc.*, [1995] R.J.Q. 1659 (C.A.), il nous semble que la Cour d'appel aurait pu en arriver au même résultat en s'en tenant à cet argument, sans avoir à se prononcer sur l'applicabilité de l'article 1605 C.c.Q. à la résiliation de bail. Si le locateur avait effectivement manqué à certaines de ses obligations essentielles envers le locataire, le refus de ce dernier de s'exécuter était légalement justifié.

103. *Placements Serge Brabant inc. c. 2751-8778 Québec inc.*, *supra* note 101.

priver son cocontractant des bénéfices qui découlent du contrat.¹⁰⁴ S'il fait obstacle à l'exercice des droits légitimes de son débiteur - par exemple, en cas d'expulsion *manu militari*, de privation de biens ou services prévus au contrat, etc. - le créancier sera lui-même en faute et son comportement pourra entraîner diverses sanctions, parmi lesquelles des dommages-intérêts¹⁰⁵ ou même, dans les cas extrêmes, la résolution du contrat en faveur de son cocontractant.

Par ailleurs, même en cas d'inexécution injustifiée et substantielle du débiteur, le créancier peut être privé de la faculté d'invoquer la résolution extrajudiciaire. En effet, il arrive que cette sanction soit écartée par le législateur, explicitement¹⁰⁶ ou par implication nécessaire.¹⁰⁷ Or, si le législateur

104. Tout au plus, tiendra-t-on alors compte de l'inexécution du débiteur pour permettre, par exemple, une réduction de l'obligation corrélative du créancier (art. 1604 al. 2 et 3 C.c.Q.) ou encore l'octroi de dommages-intérêts en faveur de ce dernier (art. 1458 et 1607 et s. C.c.Q.). Au sujet du créancier qui considère un contrat résolu sans y avoir droit, voir aussi Rosensweig, *supra* note 26 aux pp. 44-45.

105. Pineau, *supra* note 20 au n° 157 à la p. 158; Rosensweig, *ibid.* aux pp. 47-48.

106. Par exemple, en matière de vente immobilière (art. 1742-1743 C.c.Q.).

107. Par exemple, la résiliation d'un bail immobilier à l'initiative du locateur, pour défaut du locataire de payer le loyer : *Place Fleur de lys c. Tag's Kiosque Inc.* (C.A.), *supra* note 102. Si l'argument de la Cour d'appel fondé sur l'article 1883 C.c.Q. paraît convaincant, on peut s'interroger sur celui relatif à la formulation de l'article 1863 C.c.Q. : Pineau, Burman et Gaudet, *supra* note 3 au n° 410 à la p. 599. Il est donc permis de soutenir que cette réserve se limite au seul cas de la résiliation pour non-paiement du loyer par le locataire : Jobin, *Le louage*, *supra* note 90 au n° 114 à la p. 295. Par exemple, *Immeubles Dési ltée c. Plaza d'Alma* (1991) ltée (21 juin 1995), Alma 160-05-000151-945, J.E. 95-1445 (C.S.), désistement d'appel, 14 novembre 1995, C.A.Q. 200-09-000432-952.

Il est également possible que le droit d'un commerçant de se prévaloir de la résolution extrajudiciaire soit restreint par la *Loi sur la protection du consommateur*, *supra* note 8, art. 14 et 105-110, par analogie avec les dispositions relatives à la clause résolutoire. L'auteure tient à remercier son collègue François Tôth d'avoir bien voulu porter cette question à son attention.

Certaines décisions ont également soulevé le problème de l'utilisation des voies d'exécution des jugements par le créancier qui invoque la résolution extrajudiciaire : *Cousineau c. Witty*, [1994] R.J.Q. 2415 (C.Q.); *Place Fleur de lys c. Tag's Kiosque inc.* (25 novembre 1994), Québec 200-05-001667-943 et 200-05-001666-945, J.E. 95-197 (C.S.); dans cette dernière affaire, la Cour d'appel a néanmoins apporté la nuance suivante : «[La créancière] a raison d'argumenter que, dans l'hypothèse où un droit de résiliation ou de résolution de plein droit existe, le créancier ne serait pas nécessairement obligé dans tous les cas de passer par le truchement d'une action en justice pour faire valoir son droit. En effet, ce serait réduire à néant la déjudiciarisation du droit voulue par le législateur». *Place Fleur de lys c. Tag's Kiosque Inc.*, [1995] R.J.Q. 1659 à la p. 1664 (C.A.).

impose parfois le recours préalable aux tribunaux en matière de résolution, ce peut être entre autres pour mieux protéger les droits du débiteur de bonne foi, compte tenu des répercussions majeures de la résolution, soit l'anéantissement du contrat.¹⁰⁸ Lorsque la résolution judiciaire est exigée, le créancier ne peut alors traiter son cocontractant comme si le contrat avait été résolu par le seul effet de la loi; tout comportement de ce sens sera fautif et pourra, par conséquent, entraîner des sanctions en faveur du débiteur injustement privé des bénéfices du contrat.¹⁰⁹ Par exemple, un juge a qualifié d'abusif le comportement de la locatrice qui s'est fait justice (fermeture du commerce, expulsion de l'entreprise locataire, changement de serrures, etc.) alors que la résiliation judiciaire était requise et l'a condamnée à des dommages-intérêts, invoquant notamment les articles 6, 7 et 1375 C.c.Q. au soutien de sa décision.¹¹⁰

S'il est confronté à une inexécution qui justifie la résolution du contrat et que rien dans la loi ne s'oppose à l'exercice de la résolution extrajudiciaire du contrat, le créancier doit néanmoins s'assurer de respecter les conditions d'application propres à cette sanction. C'est ici que la mise en demeure joue son rôle protecteur. En principe, le créancier doit mettre son débiteur en demeure de s'exécuter. Le créancier doit donner à son débiteur une réelle chance de s'exécuter, lui accorder le délai d'exécution qu'exige la loi (art. 1595 et 1596 C.c.Q.) et la demande doit être conforme aux obligations imposées par le contrat. Le débiteur qui s'exécute à l'intérieur du délai raisonnable qui suit la mise en demeure pourra ainsi éviter la résolution.¹¹¹ Si le créancier croit

108. Ainsi, en matière de vente immobilière, le tribunal doit juger du droit du créancier d'obtenir la résolution lorsque le débiteur a déjà acquitté la moitié ou plus de son obligation (art. 2878 C.c.Q.). Voir Pineau, *supra* note 20 au n° 157 à la p. 159.

Dans le cas de la résiliation de bail pour défaut de paiement du loyer, le juge Baudouin soulève l'importance de préserver la stabilité contractuelle par le droit reconnu au locataire de payer le montant dû *in extremis* afin d'éviter la résiliation (art. 1883 C.c.Q.) : *Place Fleur de lys c. Tag's Kiosque inc.* (C.A.), *ibid.* aux pp. 1663-64.

109. Bien entendu, dans ce cas, on pourrait également tenir compte de la responsabilité du débiteur lui-même, si le créancier démontre effectivement une inexécution injustifiée et substantielle.

110. 2751-9818 *Québec inc. c. 2150-1069 Québec inc.*, [1996] R.R.A. 1221 (C.S.), règlement hors cour, 24 mai 1996, C.A.Q. 200-09-000823-960. Voir aussi Pineau, *supra* note 20 au n° 157 à la p. 158.

111. Voir Pineau, *supra* note 20 au n° 156 à la p. 157.

disposer d'un cas de dispense de mise en demeure (art. 1597 C.c.Q.), il a le fardeau de prouver les faits qui justifient cette dispense (art. 1598 C.c.Q.).¹¹²

Dans tous les cas, qu'il soit ou non tenu de mettre son débiteur en demeure, le créancier doit s'assurer d'agir de façon raisonnable et conforme aux exigences de la bonne foi (art. 6, 7 et 1375 C.c.Q.). Ceci s'avère particulièrement important lorsque le créancier est dispensé de la mise en demeure, en raison du caractère particulièrement expéditif de la sanction dans de telles circonstances.¹¹³ Le créancier qui agit de façon abusive pourrait lui-même se voir imposer une sanction, par exemple la condamnation à des dommages-intérêts ou même, dans les cas extrêmes, essuyer une fin de non recevoir à sa demande fondée sur la survenance de la résolution extrajudiciaire du contrat.

Enfin, soulignons que le créancier qui désire se prévaloir de la résolution extrajudiciaire et dont le débiteur a été constitué en demeure doit adopter un comportement compatible avec le droit qu'il prétend exercer. Ainsi, un tribunal serait justifié d'opposer une fin de non-recevoir à la demande d'un créancier fondée sur l'article 1605 C.c.Q. si les agissements de ce dernier démontrent une volonté de continuer de se prévaloir du contrat ou de renoncer à invoquer l'inexécution injustifiée et substantielle du débiteur.¹¹⁴

112. Sur l'importance de la preuve de mise en demeure ou de faits qui en justifient la dispense dans le contexte de la résolution extrajudiciaire d'un contrat de vente mobilière (art. 1741 C.c.Q.), voir *Landry c. Gauthier* (22 janvier 1996), Kamouraska 250-02-000205-952, J.E. 96-429 (C.Q.).

113. Pour une illustration de la résolution extrajudiciaire, combinée à la demeure par le seul effet de la loi, voir *Brassard c. Desbiens*, *supra* note 87 (résolution de vente en faveur du vendeur sur le fondement de l'article 1740 C.c.Q.; le vendeur a ainsi pu revendre immédiatement le bien devant la répudiation de son acheteur); *Équipement Benoît Rivard c. Vicrossano inc.* (26 août 1996), Montréal 500-02-010569-957, J.E. 96-1871 (C.Q.) (résolution de vente mobilière sur le fondement de l'article 1736 C.c.Q.; le comportement du vendeur quant à la délivrance incomplète du bien a été interprétée comme une répudiation de ses obligations).

114. D'autres arguments permettent d'en arriver à la même solution. Ainsi, on pourrait alors parler d'une «purge» de la demeure, ce qui priverait celle-ci d'effets et empêcherait du même coup le créancier de se prévaloir de l'article 1605 C.c.Q. De même, dans certaines circonstances, on pourra invoquer que la remise en état des parties, requise par l'article 1606 al. 1 C.c.Q., est rendue impossible par la faute du créancier : voir *Nichols c. Toyota Drummondville (1982) inc.*, [1995] R.J.Q. 746 (C.A.).

En résumé, on ne peut nier le rôle primordial de la mise en demeure dans la protection des intérêts légitimes du débiteur de bonne foi confronté à un créancier convaincu, à tort ou à raison, de son droit à la résolution par le seul effet de la loi. Il faut toutefois reconnaître le rôle complémentaire de nombreuses règles également fondées sur l'idée de bonne foi - notamment, la nécessité d'une inexécution injustifiée et substantielle, la sanction de l'abus de droit contractuel, ainsi que le respect de l'économie propre à certains contrats à l'égard desquels la résolution extrajudiciaire s'avère incompatible. Par l'effet combiné de ces différents mécanismes, il est possible d'en arriver à une protection plus efficace des droits légitimes du débiteur et, également, plus conforme au principe général de la bonne foi dans l'exécution de l'obligation.

Conclusion

La demeure, longtemps perçue comme un simple préalable à la judiciarisation du litige, joue désormais un autre rôle non moins important, soit celui d'élément déclencheur de sanctions extrajudiciaires. Compte tenu de l'impact de telles sanctions sur le débiteur, le législateur et les tribunaux ont tout naturellement tenté d'assurer la protection des intérêts du débiteur de bonne foi, notamment par le biais des règles relatives à la demeure.

Si cette tendance est fort louable, on remarque que son application a amené quelques débordements. Il ne s'agit pas de nier l'existence de débiteurs de bonne foi disposés à s'exécuter. Il faut néanmoins éviter que certains débiteurs plus opportunistes ne réussissent à se défilier dans le contexte d'une interprétation trop rigide des conditions de dispense de mise en demeure ou encore des conditions d'application des sanctions mises à la disposition du créancier. Une telle tendance est, nous l'avons vu, particulièrement notable en matière d'exécution en nature par remplacement. Il ne s'agit pas ici d'attaquer de front la protection offerte au débiteur, mais plutôt, suivant les circonstances, d'en redessiner les contours. D'ailleurs, cet assouplissement peut également avoir pour effet d'avantager le débiteur lorsque le caractère absolu des normes favorise indûment le créancier, par exemple dans le contexte où le créancier est dispensé de mettre son débiteur en demeure et se prévaut d'une sanction extrajudiciaire de façon abusive.

Le devoir de bonne foi exprimé à l'article 6 C.c.Q., explicité à l'article 1375 C.c.Q. en matière d'obligations, se caractérise par sa grande fluidité et, dans plusieurs domaines, évolue dans un flou relatif au plan normatif. À l'égard de la demeure et de la sanction des droits du créancier, au contraire, le devoir de bonne foi s'insère dans un ensemble de normes particulièrement structuré. Il nous apparaît souhaitable de profiter de ce contexte normatif afin d'encadrer l'intervention du devoir de bonne foi, tout en mettant à profit la malléabilité de ce devoir en vue d'assouplir le régime juridique dans lequel il est appelé à s'insérer.

RDUS

Revue de DROIT

UNIVERSITÉ DE SHERBROOKE

Titre : LA PREUVE DES FAITS SOCIAUX ET LES BRANDEIS BRIEFS :
QUELQUES RÉSERVES

Auteur(s) : Danielle PINARD

Revue : RDUS, 1995-1996, volume 26, numéro 2

Pages : 497-513

ISSN : 0317-9656

Éditeur : Université de Sherbrooke. Faculté de droit.

URI : <http://hdl.handle.net/11143/12875>

DOI : <https://doi.org/10.17118/11143/12875>

Page vide laissée intentionnellement.

**LA PREUVE DES FAITS SOCIAUX
ET LES BRANDEIS BRIEFS :
QUELQUES RÉSERVES**

par Danielle PINARD*

SOMMAIRE

Introduction	499
I. Le mémoire présenté par Louis Brandeis dans <i>Muller v. Oregon</i>, (1907) 208 U.S. 412	500
1. Louis Brandeis	500
2. L'affaire <i>Muller v. Oregon</i> , (1907) 208 U.S. 412	502
II. Quelques réserves	503
1. La question des femmes	503
2. Le contenu et les modalités	505
3. L'objet de la présentation	507
4. La position défendue	509
5. Le rôle joué	511
Conclusion	512

*. Professeure à la Faculté de droit de l'Université de Montréal. Le Fonds Marcel-Faribault de l'Université de Montréal a facilité la recherche nécessaire à la préparation de cette chronique.

Introduction

Le mode de raisonnement judiciaire dans le contexte constitutionnel canadien a traditionnellement été conceptuel et abstrait. On a cependant aujourd'hui l'impression que, de plus en plus, des conclusions relatives à des faits de société sont au coeur de la décision constitutionnelle. On pense, par exemple, à des affirmations relatives à l'état de crise économique engendré par une situation d'inflation,¹ à l'organisation du commerce des stupéfiants² ou encore à l'impact de la publicité d'un produit sur sa consommation.³ Ces faits sociaux sont fondamentalement différents des faits particuliers ayant donné lieu à l'élaboration des règles traditionnelles de preuve. Ils sont incertains, objets d'approximations et d'évaluations.

Dans la discussion des modalités de présentation de ces faits aux tribunaux, ces documents que l'on désigne en droit américain et anglo-canadien comme les *Brandeis Briefs* sont souvent évoqués. Ils sont même parfois conçus comme la solution aux problèmes de preuve soulevés par l'incertitude inhérente aux faits sociaux : on les présente dans un *Brandeis Brief*, et le tour est joué!⁴

Le présent texte a pour objet de rappeler certaines caractéristiques du premier *Brandeis Brief* présenté en 1908 à la Cour suprême des États-Unis. Il vise, tout simplement, à inciter à la prudence celles et ceux qui s'en réclament aujourd'hui sans apporter les nuances qui s'imposent.

1. Renvoi : *Loi anti-inflation*, [1976] 2 R.C.S. 373.

2. *R. c. Pearson*, [1992] 3 R.C.S. 665.

3. *R.J.R. MacDonald c. P.G. Canada*, [1995] 3 R.C.S. 199.

4. La doctrine tient parfois pour acquises l'existence et la disponibilité des *Brandeis Briefs* pour la présentation de faits sociaux devant les tribunaux; voir, par exemple : G. S. PERRY et G. B. MELTON, «Precedential Value of Judicial Notice of Social Facts : *Parham* as an Example», (1983-84) 22 *Journal of Family Law - University of Louisville School of Law* 633, p. 640. Voir aussi R. LEMPert, «"Between Cup and Lip", Social Science Influences on Law and Policy», (1988) 10 *Law and Policy* 167, p. 174. Voir enfin, dans une discussion relative à l'interprétation des lois, R. SULLIVAN, *Driedgder on the Construction of Statutes*, 3e édition, Toronto, Butterworths, 1994, p. 14.

I. Le mémoire présenté par Louis Brandeis dans *Muller v. Oregon*, (1907) 208 U.S. 412

Dans cette première partie, je présenterai brièvement le juriste Brandeis, ainsi que le mémoire, devenu célèbre, présenté à la Cour suprême des États-Unis en 1908.

1. Louis Brandeis

Louis Dembitz Brandeis (1856-1941) reçut un diplôme de la Harvard Law School en 1878.⁵

On le présente comme un juriste préoccupé par l'intégration du droit dans la réalité sociale. Pour lui, l'étude des fictions juridiques et des précédents judiciaires ne peut suffire à une compréhension intelligente du droit. Il considère que l'avocat, tout comme le juge, doit connaître précisément les faits visés par un domaine du droit, qu'il s'agisse d'une entreprise ou d'un commerce particulier.⁶ Seule une connaissance concrète et détaillée d'un secteur d'activités humaines permettra de comprendre et d'appliquer correctement les règles de droit pertinentes.⁷ «No law, written or unwritten, can be understood without a

5. On pourra consulter, par exemple : B. HALPERN, *A Clash of Heroes, Brandeis, Weizmann and American Zionism*, New York, Oxford University Press, 1987; A. T. MASON, *Brandeis : A Free Man's Life*, New York, Viking Press, 1946; A. T. MASON, *Brandeis : Lawyer and Judge in the Modern State*, Princeton University Press, Princeton, 1933 (ci-après *Brandeis*); M. E. DORO, «The Brandeis Brief», (1958) 11 *Vanderbilt Law Review* 783.

6. *Brandeis, op. cit.*, p. 127.

7. Brandeis écrira par exemple, dans une opinion dissidente écrite dans *Jay Burns Baking Co. v. Bryan*, (1924) 264 U.S. 504, aux pages 519-520 : «The determination of these questions involves an inquiry into facts. Unless we know the facts on which the legislators may have acted, we cannot properly decide whether they were (or whether their measures are) unreasonable, arbitrary or capricious. *Knowledge is essential to understanding, and understanding should precede judging.* Sometimes, if we would guide by the light of reason we must let our minds be bold. But in this case we have merely to acquaint ourselves with the art of bread-making and the usages of the trade, with the devices by which buyers of bread are imposed upon and honest bakers or dealers are subjected by their dishonest fellows to unfair competition, with the problems which have confronted public officials charged with the enforcement of the laws prohibiting short weights, and with their experience in administering those laws.» (nos italiques)

full knowledge of the facts out of which it arises and to which it is to be applied», écrira-t-il.⁸

Comme avocat, Brandeis a pris soin de sensibiliser les juges devant qui il plaidait aux caractéristiques factuelles précises de la question en litige.

Cette sensibilité de l'avocat Brandeis à l'importance de la réalité factuelle pour l'activité du juriste a, semble-t-il, été l'un des éléments ayant alimenté la controverse relative à sa nomination à la Cour suprême des États-Unis.⁹ À ce propos, Lerner a élégamment exprimé cette idée selon laquelle on ne pouvait certes pas s'attendre à ce que Brandeis démontre une bienséante ignorance de la réalité extérieure :

«For whatever Mr. Justice Brandeis might or might not be expected to do, he could not be expected to cleave to the tradition that the whole duty of a Supreme Court justice was to maintain a decent ignorance of the world outside the Court.»¹⁰

Le juge Brandeis a été à la hauteur de cette prédiction.¹¹ Il s'est constamment intéressé à la composante factuelle de tout litige qu'il avait à trancher, n'hésitant pas à aller s'informer lui-même, par exemple lorsqu'il était insatisfait de la présentation que lui avaient faite les parties.¹² Fait remarquable, il allait même jusqu'à référer expressément, dans ses jugements, à ces recherches qu'il effectuait de façon autonome : le juge avait, selon lui, l'obligation de s'informer. Il écrira, dans *Jay Burns Baking Co. v. Bryan*¹³ :

«Much evidence referred to by me is not in the record. Nor could it have been included. It is the history of the experience gained under similar legislation, and the result of scientific experiments made since

-
8. L. BRANDEIS, «The Living Law», (1916) 10 *Ill. L. Rev.* 461, 467, cité dans *Brandeis, op. cit.*, p. 179.
 9. *Brandeis, op. cit.*, p. 74. Son appartenance à la communauté juive a aussi été l'objet des discussions préalables à sa nomination; voir HALPERN, *op. cit.*, note 5, pp. 103 et ss.
 10. M. LERNER, «Social Thought of Mr. Justice Brandeis», (1931) 41 *Yale L.J.* 1, p. 11, cité dans DORO, *loc. cit.*, note 5, p. 788.
 11. Il fut nommé à la Cour suprême des États-Unis en 1916.
 12. *Brandeis, op. cit.*, note 5, pp. 176-177.
 13. *Jay Burns Baking Co. v. Bryan*, précité, note 7.

the entry of the judgment below. Of such events in our history, whether occurring before or after the enactment of the statute or of the entry of the judgment, the court should acquire knowledge, and must, in my opinion, take judicial notice, whenever required to perform the delicate judicial task here involved.»¹⁴

Il n'est donc pas surprenant que revienne à Louis Brandeis la paternité de cette technique de présentation de faits sociaux devant les tribunaux à laquelle on réfère aujourd'hui sous le vocable de *Brandeis Brief*.

2. L'affaire *Muller v. Oregon*, (1907) 208 U.S. 412¹⁵

Cette histoire du *Brandeis Brief* remonte à *Muller v. Oregon*, une cause dans laquelle était contestée devant la Cour suprême des États-Unis la constitutionnalité d'une loi de l'Oregon limitant à dix par jour les heures de travail des femmes dans certains secteurs d'activités. L'avocat Louis Brandeis a présenté en appel, au soutien de la validité de la loi, un dossier portant sur les dangers de longues heures de travail pour les femmes, et contenant des références à des lois semblables d'autres juridictions, à des discours politiques, à des rapports de différents comités, à des données statistiques et à des analyses de sciences médicales et sociales.

La principale difficulté rencontrée en cette cause par Louis Brandeis était la récente décision dans l'affaire *Lochner*,¹⁶ dans laquelle la même cour avait prononcé l'inconstitutionnalité d'une loi limitant le nombre d'heures hebdomadaires des travailleurs de boulangerie, et ce au nom de la liberté contractuelle constitutionnellement protégée. Afin de distinguer l'affaire *Muller*, Brandeis insista donc sur un aspect factuel spécifique : les particularités physiques des femmes justifiant, selon lui, un traitement législatif spécial en

14. *Idem*, p. 533, dans une opinion dissidente à laquelle le juge Holmes avait donné son appui.

15. Aussi rapporté à : (1907) 28 Supreme Court Reporter 324.

16. *Lochner v. New York*, (1905) 198 U.S. 45.

matière de droit du travail. Se rendant aux arguments de Brandeis,¹⁷ la Cour a confirmé la validité constitutionnelle de la loi contestée.¹⁸

II. Quelques réserves

Afin de parer à une éventuelle tentation d'emprunter mécaniquement le concept du *Brandeis Brief* dans le but de solutionner les problèmes de preuve soulevés par la présentation des faits sociaux pertinents en contexte constitutionnel, il apparaît opportun de préciser certains aspects de sa présentation initiale.

1. La question des femmes

Les premières réserves que l'on peut entretenir à l'égard d'un recours mécanique au *Brandeis Brief* pour la présentation de faits sociaux devant les tribunaux sont suscitées par l'objet même de la cause discutée dans *Muller v. Oregon*. Suivant en cela la position défendue dans le mémoire de Brandeis, la Cour suprême des États-Unis y a confirmé la validité constitutionnelle de la loi limitant les heures de travail des femmes en invoquant principalement l'infériorité des femmes dans la lutte pour leur survie, l'intérêt de la société dans la protection de la race, et donc dans la force physique des femmes, et enfin par l'inexorable dépendance de ces dernières à l'égard des hommes. La Cour a de plus précisé qu'elle pouvait ainsi valider, dans son application aux femmes, une réglementation des heures de travail qu'elle avait par ailleurs dite invalide dans le cas des hommes, puisque les femmes constituaient une classe à part, ayant

17. La Cour a expressément référé en ces termes à l'argumentation inhabituelle présentée par Brandeis : «It may not be amiss, in the present case, before examining the constitutional question, to notice the course of legislation, as well as expressions of opinion from other than judicial sources. In the brief filed by Mr. Louis D. Brandeis for the defendant in error is a very copious collection of all these matters, an epitome of which is found in the margin.» *Muller v. Oregon*, précité, note 15, p. 325.

18. Il semble que l'utilisation du *Brandeis Brief* ait par la suite été en quelque sorte institutionnalisée en droit américain. Les paramètres en demeurent cependant incertains. Voir, par exemple : P.W. HOGG, *Constitutional Law of Canada*, Toronto, Carswell, 3e édition, 1992, p. 1294 : «However, despite the wide acceptance of the Brandeis brief in the United States, no clear rules have emerged as to when it is an appropriate vehicle of proof, as to the appropriate procedures to allow for rebuttal by the other side, or as to the weight to be given to "facts" in a Brandeis brief, which are inevitably less reliable than those adduced by sworn testimony.»

besoin d'une protection particulière. L'extrait suivant du jugement en illustre fort bien le ton :

«Still again, history discloses the fact that woman has always been dependant upon man. He established his control at the outset by superior physical strength, and this control in various forms, with diminishing intensity, has continued to the present. [...] It is impossible to close one's eyes to the fact that she still looks to her brother and depends upon him. Even though all restrictions on political, personal and contractual rights were taken away, and she stood, so far as statutes are concerned, upon an absolutely equal plane with him, it would still be true that she is so constituted that she will rest upon and look for him for protection; that her physical structure and a proper discharge of her maternal functions - having in view not merely her own health, but the well-being of the race - justify legislation to protect her from the greed as well as the passion of man. The limitations which this statute places upon her contractual powers, upon her right to agree with her employer as to the time she shall labor, are not imposed solely for her benefit, but also largely for the benefit of all. Many words cannot make this plainer.»¹⁹

Les données présentées par Brandeis allaient dans ce sens. La Cour les résume en ces mots, empruntés à un inspecteur cité dans le mémoire de Brandeis : les justifications à la réduction des journées de travail des femmes sont les suivantes : a) la structure physique des femmes; b) leurs fonctions maternelles; c) l'éducation des enfants, et enfin d) l'entretien de la maison.²⁰

Ces idées sur le statut des femmes et leur rôle dans la société n'étaient pas une invention du monde juridique. Elles étaient le produit d'une société donnée, à une époque donnée. Elles faisaient consensus, comme le font les préjugés généralement partagés dans une société.

Avec du recul, les «données» contenues dans le premier *Brandeis Brief* apparaissent comme les stéréotypes propres à une époque et non pas comme les fruits d'une production scientifique rigoureuse.

19. Précité, note 15, pp. 326-327.

20. *Idem*, p. 326.

Il est d'ailleurs remarquable que la préparation de la cause ait été marquée du même type de conception des rapports hommes/femmes.²¹ Il semble en effet que l'intérêt dans la défense de la constitutionnalité de la loi de l'Oregon soit initialement venu du *National Consumers' League*, un mouvement de citoyens progressistes, et particulièrement, au sein de ce mouvement, de Florence Kelley et Josephine C. Goldmark. Ces dernières ont approché Brandeis à cette fin. Goldmark était en fait la belle-soeur de ce dernier. Brandeis a accepté d'assumer la défense de la loi, à la condition de représenter directement l'État de l'Oregon dans la cause, plutôt que d'agir comme simple *amicus curiae*. La collecte et la préparation des données factuelles, en l'espèce la plus importante partie du travail, ont été réalisées par Goldmark et une équipe de chercheurs travaillant sous sa supervision. Il semble que le *Brandeis Brief* finalisé comptait en fait deux pages d'argumentation juridique et plus d'une centaine de pages de présentation documentaire.²² Peut-être eût-il été plus exact de référer au *Goldmark Brief*.

Historiquement, donc, le *Brandeis Brief* présenté dans *Muller v. Oregon*, s'il a permis de limiter certains abus du laissez-faire économique sauvage à l'égard des femmes,²³ l'a cependant fait en renforçant une idéologie sexiste et inégalitaire. De plus, l'important travail des femmes militantes dans la préparation du dossier n'y a reçu aucune reconnaissance, et la postérité n'a retenu que le nom du célèbre avocat ayant plaidé la cause.

2. Le contenu et les modalités

Le contenu hautement incertain des *Brandeis Briefs* constitue une autre source d'appréhension.

21. Sur cette question, voir notamment R. K.L. COLLINS et J. FRIESEN, «Looking Back on Muller v. Oregon», (1983) *American Bar Association Journal* 294 et 472 et *Brandeis : A Free Man's Life*, *op. cit.*, note 5, pp. 248 et ss.

22. «Brandeis then outlined the material needed for his brief. The legal part he would himself cover in a few pages. For the economic and social data showing the evil of long hours and the possible benefits from legislative limitation, he would look to his sister-in-law. It was on these materials, not on the legal argument that he would base his case.» *Brandeis : A Free Man's Life*, *op. cit.*, note 5, p. 248.

23. Il se peut cependant que la cause ait eu des effets pervers, comme le fait pour les employeurs des buanderies d'employer dorénavant des travailleurs chinois plutôt que des femmes : voir COLLINS et FRIESEN, *loc. cit.*, note 21, p. 472.

Une partie du *Brandeis Brief* présenté dans *Muller* contenait des lois de différents états américains et d'États étrangers qui prévoyaient aussi de telles limitations aux heures de travail des femmes. On y retrouvait enfin des passages de divers rapports, études et discours, nationaux et internationaux, contenant des affirmations plus ou moins documentées sur la santé des femmes et les effets de leurs heures de travail sur le bien-être général et les générations futures.²⁴

Il ne faut donc pas se surprendre si les références actuelles au *Brandeis Brief* ne semblent y lire aucune limite de contenu. La version moderne du *Brandeis Brief* serait donc ce dossier que l'on joint en annexe à l'argumentation en droit, et qui contient, par exemple, des rapports d'études diverses, des résultats de recherches scientifiques relatives à certains faits sociaux, ou encore des données de sciences sociales, de type statistique ou autre.²⁵ Hogg écrira, par exemple :

«[T]he *Brandeis Brief* can expose the court to a broad canvass of the state of social-science knowledge without the parties incurring the costs associated with a trial involving a lengthy parade of expert witnesses.»²⁶

Généralement, les *Brandeis Briefs* sont tout simplement joints aux mémoires déposés à la cour. Il faut comprendre que cette façon de faire est

24. Pour un aperçu général du contenu du *Brandeis Brief*, voir J. MONAHAN et L. WALKER, *Social Sciences in Law : Cases and Materials*, 3e édition, New York, The Foundation Press, 1994, pp. 5-6-7. On y retrouve des rubriques aussi hétéroclites que : «Report of the Massachusetts State Board of Health», «International Conference in Relation to Labor Legislation, Berlin, 1890», «Proceedings of The French Senate, Session of July 7, 1891, M. Jules Simon» ou encore «President Roosevelt's Annual Message delivered to Second Session of 59th Congress, December 4, 1906».

25. Voir notamment B. G. MORGAN, «Proof of Facts in Charter Litigation», dans R. J. SHARPE (sous la direction de), *Charter Litigation*, Toronto, Butterworths, 1986, 159, pp. 177 et ss.; D. ALFANGE, «The Relevance of Legislative Facts in Constitutional Law», (1966) 114 *University of Pennsylvania Law Review* 637, pp. 667 et ss.; H. W. BIKLE, «Judicial Determination of Questions of Fact Affecting the Constitutional Validity of Legislative Action», (1924) 38 *Harvard Law Review* 6, p. 13 : «It [le *Brandeis Brief*] undertakes to bring before the Court, by inclusion in the brief of counsel, pertinent statistical data, legislative practice, scientific discussions by persons of eminence in their professions, departmental reports, and so forth, and to ask the Court to take judicial notice of the material so presented».

26. P.W. HOGG, *op. cit.*, note 18, p. 1294.

étrangère aux modes acceptés de preuve légale.²⁷ L'information n'est ni présentée sous serment ni soumise au contre-interrogatoire, elle contrevient à la règle interdisant le oui-dire, et on pourrait croire qu'elle ne rencontre généralement pas les critères traditionnels de la connaissance d'office.

De plus, il semble que le dossier soit conçu à des fins de présentation en appel, alors que le principe veut que les données factuelles soient d'abord présentées et évaluées en première instance, en conformité avec les règles de preuve.²⁸

On ne peut pas dire que les faits discutés dans ces dossiers ont été *prouvés* de façon orthodoxe au tribunal. Tout au plus lui ont-ils été présentés.

On comprends certes l'intérêt pour un plaideur de pouvoir présenter une importante quantité d'informations par le simple dépôt d'un document écrit. De prime abord, cependant, semblent se poser d'importantes questions d'arrimage au droit de la preuve.

3. L'objet de la présentation

L'étude de l'objet de la présentation initiale du *Brandeis Brief* incite aussi à la prudence et au scepticisme face à une utilisation débridée de la chose.

Le caractère limité de cet objet apparaît clairement à la lecture de la conclusion du mémoire historique de Louis Brandeis, qui se lit comme suit :

«[W]e submit that in view of the facts above set forth and of legislative action extending over a period of more than sixty years in the leading countries of Europe, and in twenty of our states, it cannot be said that the legislature of Oregon had no reasonable ground for believing that the public health, safety, or welfare did not [sic] require a legal

27. B.G. MORGAN, *loc. cit.*, note 25, p. 179.

28. S. M. PILCHEN, «Politics v. The Cloister : Deciding When the Supreme Court Should Defer to Congressional Factfinding under the Post-Civil War Amendments», (1984) 59-1 *Notre-Dame L. Rev.* 337, 373 et suiv., p. 374, note 241. P.W. HOGG, *op. cit.*, note 18, p. 1295.

limitation on women's work in manufacturing and mechanical establishments and laundries to ten hours in one day.»²⁹

Les données ont donc initialement été présentées, semble-t-il, non pas afin de convaincre le tribunal de leur véracité, mais plutôt afin de faire ressortir l'existence d'un fondement rationnel à l'action législative : elles démontraient qu'un législateur raisonnable pouvait supposer que la loi adoptée était appropriée afin de régler, ou à tout le moins de réduire le problème identifié.

L'avocat Brandeis aurait lui-même expliqué en ces termes, dans une autre cause cependant, que le défenseur de la constitutionnalité de la loi n'avait qu'à démontrer l'existence d'un fondement à une conclusion législative raisonnable quant aux moyens appropriés pour pallier un problème. Et ce, peu importe l'existence de données susceptibles de mettre en doute la sagesse de la solution législative ainsi adoptée :

«In answer to the question, whether this brief contains also all the data opposed to minimum-wage law, I want to say this : I conceive it to be absolutely immaterial what may be said against such laws. Each one of these statements contained in the brief in support of the contention that this is wise legislation, might upon further investigation be found to be erroneous, each conclusion of fact may be found afterwards to be unsound - and yet the constitutionality of the act would not be affected thereby. This court is not burdened with the duty of passing upon the disputed question whether the legislature of Oregon was wise or unwise, or probably wise or unwise, in enacting this law. The question is merely whether, as has been stated, you can see that the legislators had no ground on which they could, as reasonable men, deem this legislation appropriate to abolish or mitigate the evils believed to exist or apprehended. If you cannot find that, the law must stand.»³⁰

29. Conclusion du mémoire présenté par Louis Brandeis dans *Muller v. Oregon*, précité, note 15, telle que rapportée dans MONAHAN et WALKER, *op. cit.*, note 24, p. 7.

30. P. BREST, *Processes of Constitutional Decisionmaking, Cases and Materials*, Boston, Little, Brown and Company, 1975, p. 1007, citant P. FREUND, *On Understanding the Supreme Court*, 1949 : «Arguing as counsel in the Oregon minimum-wage case, Brandeis put the point in extreme terms : (...)», pp. 88-89.

Il est donc primordial de retenir du concept original du dossier de faits sociaux de Louis Brandeis que les données ainsi présentées en contravention des règles traditionnelles de preuve l'étaient non point en vue de prouver la vérité des faits allégués, mais plutôt dans un but de démonstration de la rationalité de l'action législative.³¹

Il se peut donc que la plus grande facilité de leur présentation soit intimement liée à l'objet particulier de cette dernière. Ainsi, il n'est pas du tout certain que cette considération judiciaire de faits sociaux en violation des règles traditionnelles de preuve serait justifiée si, ce faisant, on tentait de démontrer leur vérité, et non plus la seule rationalité d'une croyance législative en leur existence.³²

Au minimum, ce déplacement de l'objet de preuve, de la simple croyance raisonnable en l'existence de certains faits, à l'existence même de ces faits, exigerait des aménagements en termes de rigueur et d'équité. De façon orthodoxe, cependant, on pourrait même arguer que la vérité relative à l'existence de certains faits ne peut être établie qu'en vertu des règles traditionnelles de preuve.

4. La position défendue

Dans toute discussion de la pertinence et de l'utilité des *Brandeis Briefs*, on ne doit pas oublier non plus la position au soutien de laquelle le mémoire a initialement été présenté.

Brandeis défendait la validité constitutionnelle de la loi contestée, et, on l'a vu, souhaitait tout simplement démontrer l'existence d'un fondement rationnel

31. Voir aussi, pour une telle interprétation : P.W. HOGG, *op. cit.*, note 18, p. 1294. F.L. MORTON, *Law, Politics and the Judicial Process in Canada*, 2e édition, University of Calgary Press, 1992, p. 276. D. ALFANGE, *loc. cit.*, note 25, p. 668. MONAHAN et WALKER, *op. cit.*, note 24, p. 11. P. WEILER, «Two Models of Judicial Decision-Making», (1968) 46 *R. du B. can.* 406, 450.

32. P. BREST, *op. cit.*, note 30, p. 940, citant P. FREUND, *The Supreme Court of the United States* 153 (1961) : «where data are used to prove the truth of the matters asserted, they "ought to be placed in the record and not left simply for the brief. If the data are presented for the record, there will be an opportunity ... in the trial court, to impeach or controvert the expert opinion that is relied on".»

à l'action législative.³³ On a même pu écrire qu'il s'agissait peut-être tout simplement de fournir un contexte factuel au jeu de la présomption de constitutionnalité.³⁴

La souplesse autorisée pour la présentation des faits sociaux discutés dans les *Brandeis Briefs* est donc intrinsèquement liée à cet objet de preuve limité.³⁵

La question se pose donc quant à la possibilité de présenter un tel dossier, cette fois afin de contester la constitutionnalité d'une loi, notamment par la démonstration de son impact général. On doit noter une double distinction : d'une part, on n'est plus ici dans la mouvance de la présomption de constitutionnalité et, d'autre part, ce n'est plus le caractère rationnel d'une action législative qui est objet de preuve, mais bien l'existence factuelle et concrète d'effets inconstitutionnels. Par exemple, un individu doit démontrer la violation de ses droits et libertés, et non pas le seul caractère rationnel de sa croyance en l'existence de cette violation. La différence est considérable.³⁶

Si la nature particulière des faits sociaux, réfractaires aux règles traditionnelles de preuve et peu susceptibles de faire l'objet d'allégations incontestablement vraies ou fausses, justifie à elle seule ce mode inusité de présentation devant le tribunal, l'ultime conclusion recherchée ne comptera pas.

33. D. ALFANGE, *loc. cit.*, note 25, p. 668; P. A. FREUND, «Review of Facts in Constitutional Cases», dans E. CAHN (dir.), *Supreme Court and Supreme Law*, Bloomington, Indiana University Press, 1954, à la page 49.

34. K. L. KARST, «Legislative Facts in Constitutional Litigation», (1960) *Sup. Ct. L. Rev.* 75, 100. Voir aussi : D. ALFANGE, *loc. cit.*, note 25, p. 668.

35. Sur les dangers accrus d'une utilisation erronée de données de sciences sociales si ces dernières sont présentées afin d'obtenir une conclusion judiciaire quant à la vérité d'allégations relatives à certains faits plutôt que la détermination du caractère rationnel de l'action législative : K. SWINTON, «What Do the Courts Want From the Social Sciences», dans R.J. SHARPE, *op. cit.*, note 25, p. 187, à la page 204 : «There is much more reason to fear the misuse or abuse of social science evidence if the courts are requiring that evidence in order for a party actually to prove a point than if the evidence is used to determine whether the legislature had a rational basis for its action.»

36. S. SCHIFF, *Evidence on the Litigation Process*, 3e édition, vol. 2, Toronto, Carswell, 1988, p. 711. F.L. MORTON, *op. cit.*, note 31, p. 280, citant Weiler, «Two Models of Judicial Decision-Making», (1968) 46 *Canadian Bar Rev.* 406.

On pourra alléguer l'existence de faits sociaux au moyen de dossiers Brandeis, et ce quelle que soit la position que l'on défend dans le litige constitutionnel.

Si, au contraire, c'est plutôt une attitude judiciaire de retenue et de déférence à l'égard des choix législatifs qui fonde ce mode facilité de présentation factuelle, la partie qui conteste la constitutionnalité demeurera, elle, assujettie à la rigueur des règles traditionnelles de preuve.

Les tribunaux américains ont, semble-t-il, aussi accepté la présentation de tels dossiers en vue de la contestation de la constitutionnalité des lois. Il est cependant intéressant de remarquer qu'encore à ce jour on s'interroge sur l'utilisation que la Cour suprême des États-Unis a réellement faite de ces données contenues dans des *Brandeis Briefs* présentés à une telle fin. Dans *Brown*, par exemple, la Cour n'a en effet cité les études qui lui avaient été présentées afin de démontrer les effets préjudiciables de la ségrégation raciale en matière scolaire que dans une note de bas de page, laissant ainsi libre cours à des interprétations multiples et contradictoires.³⁷

5. Le rôle joué

On peut finalement s'interroger sur le rôle réellement joué par le *Brandeis Brief* dans *Muller v. Oregon*. Il est vrai que la Cour en a expressément fait mention,³⁸ et en a même résumé le contenu dans une note de bas de page.³⁹ Elle a estimé qu'il démontrait l'existence d'un consensus social quant au fait que l'anatomie et les fonctions maternelles des femmes justifiaient un traitement

37. Voir, par exemple : K. SWINTON, «What Do the Courts Want From the Social Sciences», dans R.J. SHARPE, *op. cit.*, note 25, p. 187, à la page 203. E. CAHN, «Jurisprudence», (1955) *N.Y.L.R.* 150, 160. B. WILSON, «Decision-making in the Supreme Court», (1986) 36 *U.T.L.J.* 227, p. 244 : re : Brown and social science data. «Although it is somewhat unclear as to whether the Court took an extremely liberalized view of the judicial notice rules based on the social science data, or whether these data were seen as factual proof of the detrimental effects of segregation on a balance of probabilities, it is clear that the expanded record greatly facilitated the judicial analysis, which would otherwise have entailed a great deal of guesswork.»

38. *Muller v. Oregon*, note 15, précité, p. 325.

39. *Idem.*

législatif spécial quant à une limitation des heures de travail.⁴⁰ Le propos significatif de la Cour est ici le suivant :

«At the same time, when a question of fact is debated and debatable, and the extent to which a special constitutional limitation goes is affected by the truth in respect to that fact, a widespread and long-continued belief concerning it is worthy of consideration. We take judicial cognizance of all matters of general knowledge.»⁴¹

La Cour a donc tout simplement considéré ici que l'existence de particularités physiologiques des femmes était pertinente pour déterminer la constitutionnalité de la loi en cause, et qu'il lui était possible de prendre connaissance de l'existence d'un consensus social quant aux besoins engendrés par ces particularités.

On peut donc légitimement se demander si le *Brandeis Brief* a réellement influé sur l'issue de la décision, ou si la Cour n'a pas plutôt rendu une décision sur le fondement de ses propres *a priori* factuels, incidemment appuyés par les données qu'on lui a présentées.⁴²

Conclusion

Dans un louable souci de réalisme, les tribunaux canadiens acceptent de plus en plus d'asseoir leurs jugements rendus en contexte constitutionnel sur des considérations relatives à des faits de société. Vu la difficulté de prouver ces derniers en vertu des règles habituelles, les tribunaux sont à la recherche de méthodes qui permettent à la fois la souplesse requise et le respect de l'équité du processus.

40. *Idem*, p. 326.

41. *Idem*.

42. Faigman écrira : «The absence of a Brandeis Brief in *Muller* probably would not have changed the result, nor would the presence of one have affected the *Lochner* result.» D. L. FAIGMAN, «Normative Constitutional Fact-Finding : Exploring the Empirical Component of Constitutional Interpretation», (1991) 139 *University of Penn. L. Rev.* 541, pp. 561-562. Selon cet auteur, la Cour a maintenu une théorie cohérente dans les deux décisions, selon laquelle l'État ne peut en principe limiter la liberté contractuelle, sauf à l'égard de certaines catégories de personnes.

On comprend qu'il soit tentant d'invoquer de façon presque incantatoire le *Brandeis Brief*, un outil qui, apparemment, simplifie considérablement la tâche de présentation de faits de société aux tribunaux.

J'espère avoir démontré que l'exercice de transposition automatique est dangereux, en ce qu'il ignore certaines caractéristiques historiques essentielles du *Brandeis Brief*.

Il ne s'agit pas de nier toute pertinence au *Brandeis Brief* en droit constitutionnel canadien. Les références au *Briefs* sont devenues trop nombreuses pour que l'on puisse en faire tout simplement abstraction dans l'étude des règles de preuve des faits sociaux en contexte constitutionnel. Il s'agit plutôt d'en connaître les origines et les caractéristiques initiales, et d'en limiter l'utilisation aux cas dans lesquels les règles de preuve du droit canadien le permettent.

Dans ce sens, une analyse plus traditionnelle des questions d'objet, de fardeaux et de moyens de preuve aidera certainement à préciser les paramètres de la pertinence des *Brandeis Briefs* en droit constitutionnel canadien.

Puisqu'on rattache parfois spontanément les *Brandeis Briefs* au concept de la connaissance d'office,⁴³ l'étude de celui-ci s'avérera peut-être un premier pas prometteur.⁴⁴

43. NOTE, «Social and Economic Facts - Appraisal of Suggested Techniques for Presenting Them to the Courts», (1948) 61 *Harv. L. Rev.* 692, 696. H.W. BIKLE, «Judicial Determination of Questions of Fact Affecting the Constitutional Validity of Legislative Action», (1924-25) 38 *Harv. L. Rev.* 6, 13. G. S. PERRY et G. B. MELTON, «Precedential Value of Judicial Notice of Social Facts : *Parham* as an Example», (1983) 22 *Journal of Family Law* 633, 640.

44. Voir D. PINARD, «Connaissance d'office», et «La connaissance d'office des faits sociaux en contexte constitutionnel», à paraître dans la Revue Juridique Thémis.

RDUS

Revue de DROIT

UNIVERSITÉ DE SHERBROOKE

Titre : « LA MODIFICATION CONSTITUTIONNELLE AU CANADA »

Auteur(s) : René PÉPIN

Revue : *RDUS*, 1995-1996, volume 26, numéro 2

Pages : **515-517**

ISSN : 0317-9656

Éditeur : Université de Sherbrooke. Faculté de droit.

URI : <http://hdl.handle.net/11143/12876>

Page vide laissée intentionnellement.

«LA MODIFICATION CONSTITUTIONNELLE AU CANADA»*

par René PEPIN**

L'ouvrage du professeur Pelletier, de l'Université d'Ottawa, constitue une étude très complète des articles 38 à 45 de la Loi constitutionnelle de 1982, sur la procédure de modification de la constitution formelle du Canada. Il comble une lacune, car cette question n'était encore traitée que dans des chapitres de volumes de base en droit constitutionnel. Il n'y avait pas encore de monographie sur le sujet.

L'ouvrage est constitué de quatre parties. Dans l'introduction, l'auteur, comme tout bon chercheur doit le faire, cerne de façon précise son sujet. Il indique qu'il va traiter de modification et non de réforme constitutionnelle. En ce sens, son texte complète très bien celui du professeur A. Tremblay, de l'Université de Montréal, qui a publié chez Thémis en 1995 un livre intitulé «*La réforme de la constitution au Canada*». M. Tremblay traite de toutes les tentatives de modification du texte de notre constitution effectuées depuis les négociations fédérales-provinciales entourant l'adoption du Statut de Westminster en 1931, jusqu'à l'accord du lac Meech et à celui de Charlottetown. M. Pelletier, pour sa part, ne traite pas de ce sujet, qu'il appelle «révision informelle», ni des articles 1 et 33 de la Loi de 1982 permettant aux parlements de soustraire en partie leurs lois à l'impact de la Loi de 1982, ni de l'état du droit avant 1982.

Une première partie, fort courte, rappelle les étapes de l'acquisition de la souveraineté constitutionnelle par le Canada. On rappelle que notre pays ne s'est pas transformé miraculeusement en une seule journée, le 1^{er} juillet 1867, en passant du statut de colonie britannique à celui de pays indépendant!

*. Benoît Pelletier, *La modification constitutionnelle au Canada*, Toronto, Carswell, 1996, 519 p.

**., Professeur à la Faculté de droit de l'Université de Sherbrooke.

La seconde partie, d'une cinquantaine de pages, traite du sens de l'expression «constitution du Canada». C'est une question cruciale, vu que c'est le sujet même de son étude. L'auteur rappelle les distinctions que la doctrine fait entre la constitution dite matérielle et celle dite formelle du Canada. Il centre ensuite son étude sur l'article 52 de la Loi de 1982, qui semble définir l'expression à son deuxième paragraphe, en prévoyant que «la constitution du Canada comprend...». Toute la problématique de l'article 52 est bien fouillée et expliquée. Il examine la question de savoir si le mot «comprend» annonce ou non une liste exhaustive. Il montre aussi qu'il y a une certaine confusion des termes dans cet article 52 car tantôt l'expression «constitution du Canada» réfère simplement au contrôle judiciaire de la validité des lois, et tantôt à la procédure de modification de la constitution formelle. Son étude de la jurisprudence de la Cour suprême et de la portée des articles 44 et 45 de la Loi de 1982 l'amène à conclure que la liste des textes inclus dans l'annexe de la Loi de 1982 est limitative, mais que certains continuent à pouvoir être modifiés par simple loi fédérale ou provinciale. Il est intéressant de noter que l'auteur prend résolument position sur les questions qu'il étudie. Il ne se contente pas de scruter les diverses décisions des tribunaux et écrits de doctrine.

La troisième partie, sur les modalités de la modification constitutionnelle au Canada, est la plus importante, et M. Pelletier y consacre 250 pages. Dans l'introduction de cette étude des articles 38 à 45 de la Loi de 1982, il dégage vingt principes généraux de la modification constitutionnelle au Canada. Ces principes constituent non seulement un énoncé de règles fondamentales, mais un rappel de choses qu'on peut avoir tendance à oublier: le fait qu'il n'y a pas de normes absolument intouchables, ni de véritable assemblée constituante, puisque ce sont les parlements qui doivent s'entendre avant de faire proclamer un amendement par le gouverneur général, et que les référendums ne font pas partie du processus formel de modification de la constitution.

Cette troisième partie est divisée en six titres, chacun consacré aux différentes «formules» prévues par les articles 38 à 45 de la Loi de 1982: l'amendement par simple loi fédérale (art.44), par simple loi provinciale (art.45), les cas où l'unanimité est exigée (art.41), les dispositions applicables à certaines provinces seulement (art.43), et la formule «générale», soit celle indiquée quand aucune autre ne joue (art. 38). L'auteur fait une étude à part de l'article 42 (c'est pourquoi on y dénombre 6 titres) qui énumère des cas spécifiques où la

formule générale devra s'appliquer. Encore ici, ce qui ressort de l'étude est son caractère complet. Par exemple, dans l'examen du pouvoir des provinces d'amender leur propre constitution (art. 45), il n'oublie pas de traiter du cas des provinces autres que le Québec. Car pour les six provinces non visées initialement par la Loi de 1867, il y a des lois autres (britanniques ou fédérales) qui font partie de leur constitution. Elles présentent donc une problématique particulière. L'auteur traite aussi, dans son étude des limites aux pouvoirs des provinces de modifier leur propre constitution, de choses qu'on pourrait oublier à première vue, telles l'article 93 de la Loi de 1867 relatif à l'éducation, et les articles 96 à 100 de la même loi, empêchant les provinces de déterminer dans leur entière discrétion la juridiction des tribunaux administratifs.

Une dernière partie, d'une vingtaine de pages, conserve l'ouvrage à jour en traitant de la Loi concernant les modifications constitutionnelles, c'est-à-dire la loi fédérale adoptée en 1996 par le parlement fédéral destinée à accorder le «veto régional». Elle ne modifie pas directement les modalités prévues aux articles 38 à 45 de la Loi de 1982, mais risque d'alourdir significativement leur mise en œuvre. L'auteur, exceptionnellement, traite tant de la légalité que de l'opportunité de cette mesure.

En conclusion générale, M. Pelletier fait un survol de l'état du droit, en faisant remarquer que les articles 38 à 45 de la Loi de 1982 comportent des modalités «dont la portée est encore fort incertaine» (à la p. 344), et qui sont «fort techniques, ont été rédigées avec précipitation et sont éminemment difficiles à concilier les unes avec les autres» (à la p. 347). Il suggère ensuite une série de modifications à apporter aux dispositions constitutionnelles afin de les rendre plus fonctionnelles. Il explique enfin que le recours à une procédure référendaire, sans remplacer l'ensemble des règles actuelles ni être obligatoire, pourrait s'avérer la seule façon de débloquer une impasse constitutionnelle.

RDUS

Revue de DROIT
UNIVERSITÉ DE SHERBROOKE

Titre : « L'ADMISSIBILITÉ DE LA PREUVE OBTENUE EN VIOLATION DES DROITS ET LIBERTÉS FONDAMENTAUX EN MATIÈRE CIVILE »

Auteur(s) : Pierre PATENAUDE

Revue : *RDUS*, 1995-1996, volume 26, numéro 2

Pages : **519-520**

ISSN : 0317-9656

Éditeur : Université de Sherbrooke. Faculté de droit.

URI : <http://hdl.handle.net/11143/12877>

Page vide laissée intentionnellement.

**«L'ADMISSIBILITÉ DE LA PREUVE
OBTENUE EN VIOLATION DES DROITS
ET LIBERTÉS FONDAMENTAUX
EN MATIÈRE CIVILE»***

par Pierre PATENAUDE**

C'est une étude fort intéressante que vient de publier M^e Guylaine Couture.

Dès le début de son oeuvre, elle établit le thème de celle-ci : bien expliquer les différences dans l'application des règles relatives à l'exclusion des preuves obtenues dans l'irrespect des droits fondamentaux, que l'on soit en matière civile ou dans le domaine du droit criminel; une mise en garde débute l'oeuvre :

«La tentation sera grande, en raison de la similitude des textes, de transposer les principes découlant du paragraphe 24(2) de la *Charte canadienne* à l'article 2858 du *Code civil du Québec*. Nous nous devons pourtant d'être prudents, car les impératifs de la justice criminelle risquent de ne pas être transposables au contexte de l'administration de la justice civile.»¹

Et M^e Couture, de détailler les différences : dans un premier temps, elle établit que le coût social à subir pour l'exclusion de la preuve en matière criminelle, risque d'être beaucoup plus élevé qu'en matière civile,² que, donc, l'exclusion pourrait être plus fréquente au civil.³ Puis, de façon très articulée, elle décrit l'état du droit canadien relatif au paragraphe 24(2) de la *Charte*

*. Guylaine Couture, *L'admissibilité de la preuve obtenue en violation des droits et libertés fondamentaux en matière civile*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1996, 115 p.

**.

Professeur à la Faculté de droit de l'Université de Sherbrooke.

1. Guylaine Couture, *L'admissibilité de la preuve obtenue en violation des droits et libertés fondamentaux en matière civile*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1996, à la p. 3.

2. *Op. cit.*, note 1, à la p. 13.

3. *Op. cit.*, note 1, aux pp. 58 et ss.

canadienne des droits et libertés pour, ensuite, bien poser les différences d'application de l'article 2858 du *Code civil du Québec*.

Enfin, elle détaille les critères d'exclusion de la preuve en matière civile, en indiquant clairement que le facteur décisif sera celui de la gravité de la violation du droit fondamental car, contrairement au droit criminel : «l'équité n'a pas de signification en matière civile puisque le privilège de non-incrimination ne s'y applique pas... c'est le principe contraire, soit le principe de la contraignabilité qui a cours».⁴

Nous ne pouvons, dans ce court commentaire, analyser chaque aspect de ce volume, mais nous fûmes particulièrement intéressé au développement relatif à la question de l'applicabilité de l'article 2858 C.c.Q. aux tribunaux administratifs.⁵

Enfin, mentionnons que nous sommes tout à fait d'accord avec l'auteure lorsqu'elle exprime son regret quant à la décision du législateur de ne pas inclure cette disposition à la *Charte québécoise des droits et libertés*.⁶ Il s'agit en effet d'une disposition visant à assurer le respect des valeurs fondamentales de notre société, à protéger les institutions judiciaires contre le discrédit; elle aurait dû être enchâssée dans un document quasi constitutionnel.

4. *Op. cit.*, note 1, à la p. 103. Voir aussi aux pp. 71 et ss.

5. *Op. cit.*, note 1, aux pp. 35 et ss.

6. *Op. cit.*, note 1, aux pp. 101-102.